



**Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais**  
**Curso de Direito**

**GRESSIELY MARINHO GUIMARÃES**

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA  
COMO MEIO A DAR EFETIVIDADE AS  
SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

Brasília  
2011

**GRESSIELY MARINHO GUIMARÃES**

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA  
COMO MEIO A DAR EFETIVIDADE AS  
SANÇÕES ADMINISTRATIVAS**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de graduação  
em Direito na Faculdade de Ciências  
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário  
de Brasília – UniCEUB.  
Orientador: Prof. Rodrigo Fernandes.

## RESUMO

A desconsideração da personalidade jurídica é um tema já aplicado em muitos ramos do direito brasileiro, como no Código de Defesa do Consumidor, no Código Tributário Nacional, no Código Civil, entre outros. Entretanto persiste divergência doutrinária quanto à aplicação da Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica no âmbito da Lei de Licitações e Contratos, mas especificamente no que diz respeito às penalizações administrativas. Apesar da ausência de previsão legal do instituto, tem surgido posicionamentos jurisprudenciais favoráveis à despersonalização nos casos de desvio de finalidade, abusos de forma e fraude a lei, em observância aos princípios da moralidade administrativa e indisponibilidade do interesse público, desde que assegurado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. Corroborando com a moderna tendência de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, destaca-se a inovação trazida pela Lei nº 9.433/2005 – Lei de Licitações do Estado da Bahia, que prevê tal instituto em seu art. 200.

**Palavras-chave:** Pessoa Jurídica. Direito Administrativo. Administração Pública. Licitações. Sanções Administrativas. Desconsideração da Personalidade Jurídica.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
 <b>1. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....</b>	<b>8</b>
1.1. Aspectos Históricos .....	8
1.2. A Incorporação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Ordenamento Jurídico Brasileiro .....	10
1.3. Corrente Subjetiva e Corrente Objetiva da Desconsideração da Personalidade Jurídica.....	15
1.4. Teoria Maior e Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica ..	16
 <b>2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA DO DIREITO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>18</b>
2.1. Considerações Iniciais.....	18
2.2. Fundamento Legal .....	18
2.3. Hipóteses de Cabimento .....	22
2.4. Procedimento para Aplicação.....	25
2.5. Implicações da Utilização da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Administrativo .....	31
 <b>3. POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS.....</b>	<b>33</b>
 <b>4. INOVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO .....</b>	<b>48</b>
 <b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>56</b>
 <b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>58</b>

## INTRODUÇÃO

O fato de trabalhar com o processo administrativo sancionador permitiu-me constatar a imensidão de lacunas legislativas em relação ao meu instrumento de trabalho. Quando não omissa, a diversidade de leis esparsas não permite uma uniformização de entendimento sobre diversas questões processuais, em se tratando de processo administrativo sancionador, como, por exemplo, prazos, detalhamento das sanções administrativas, regulamentação do procedimento para apuração de infração e eventual aplicação dessas sanções, possíveis consequências em caso de reincidência em descumprimento contratual de licitantes e contratados, entre outros.

Recai, ainda, sobre as omissões legislativas, o desenvolvimento de mecanismos que promovam a eficiência das penalidades administrativas impostas às pessoas jurídicas que incorreram em descumprimento, uma vez que a sanção deve ter um caráter punitivo-pedagógico. Sendo assim, diante da ineficiência de uma penalidade aplicada, ela perde o seu propósito.

Dentre esses mecanismos, encontra-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, já utilizado em outros ramos do direito, e também de grande proveito se fosse admitido no direito administrativo.

Comumente visualizamos empresas reincidindo em descumprimentos contratuais no momento da execução do serviço ou fornecimento de material, ou até mesmo fraudando o certame licitatório, que prejudica o bom andamento das atividades da Administração Pública e causam prejuízos ao Erário. Apenas a imposição de penalidades mais gravosas, como suspensão e impedimento de licitar e contratar com a Administração, e, ainda, declaração de inidoneidade conseguem coibir a violação do interesse público e proteger a Administração Pública de empresas desonestas que atuam com desvio de finalidade e abuso de forma, uma vez que a sociedade empresária e seus sócios são pessoas distintas, e, portanto, não se confundem.

Na hipótese de aplicação dessas penalidades mais gravosas, ainda sim, há possibilidade de que seu propósito não seja alcançado, tendo em vista que

peessoas jurídicas impossibilitadas de contratar com o poder público, em decorrência de uma sanção administrativa, podem encerrar suas atividades, e os sócios poderão constituir nova sociedade empresária com mesmo objeto, mesmo endereço, mas livre e desimpedida para contratar com a Administração Pública.

A meu ver, a utilização da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica nos contratos com o poder público, além de conceder maior eficiência na aplicação das sanções administrativas, proporciona ao Estado a possibilidade de contratar com empresas idôneas, que observarão o interesse público e a moralidade administrativa na prestação do serviço adquirido.

Uma vez existindo a previsão legal de que sociedade empresária constituída por sócios que, anteriormente, compuseram pessoa jurídica já penalizada pelo poder público não poderá licitar ou contratar com a Administração Pública, indubitavelmente estar-se-á resguardando os interesses da sociedade, principal beneficiário e destinatário final do serviço público, além de evitar fraudes em futuras licitações e contratações, promover uma concorrência honesta nos procedimentos licitatórios, composta por empresas idôneas, e, por conseguinte, evitar prejuízos ao Erário.

O desenvolvimento do tema proposto é fundamentado nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais na tentativa de resolução de um problema de ordem prática, qual seja, a utilização do instituto da desconconsideração da pessoa jurídica no âmbito das sanções administrativas como remédio eficaz contra abuso de direito, fraude, desvio de finalidade, lesão ao erário público na esfera administrativa, improbidade administrativa, onde a personalidade jurídica da sociedade empresária é um obstáculo a responsabilização pelo ato ilícito e ao ressarcimento de prejuízos causados à Administração Pública.

Entretanto, inexistente previsão legal sobre o instituto na esfera do direito administrativo no que concerne às licitações e contratos com a Administração Pública. Portanto, a defesa deste tema é respaldada no emprego da analogia, dos princípios gerais do direito (princípios constitucionais e administrativos), da concepção moderna do Princípio da Legalidade, também entendido como Princípio da

Juridicidade, como fundamentos legais que embasam a flexibilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa.

Sem a pretensão de aqui exaurir os questionamentos decorrentes da exploração do tema defendido, para o alcance do propósito deste trabalho, serão acrescidas as contribuições doutrinárias, jurisprudenciais – casos concretos do Poder Judiciário (ROMS 15166/BA) e do Tribunal de Contas da União (Acórdão 189/2001 – Plenário). Mais, a inovação trazida pela Lei de Licitações do Estado da Bahia – Lei nº 9.433/2005, que prevê expressamente a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica como forma de coibir os abusos de personalidade jurídica empresarial, tudo para tornar mais eficaz toda e qualquer sanção administrativa imposta às pessoas jurídicas. Além, ainda, do Projeto de Lei nº 7.709/2007 – projeto de alteração da Lei de Licitações e Contratos nº 8.666/1993, de autoria do Poder Executivo, que propõe a contemplação do instituto.

A análise das principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aplicação da teoria no campo do direito administrativo tem a pretensão de ilustrar o quanto polêmico é a questão, e de demonstrar a necessidade de sua admissão e regulamentação, ao apresentar diretrizes críticas e fundamentadas a fim de fomentar o debate e a discussão acerca da aplicação do instituto na arena do processo administrativo sancionador. Ademais, pesquisar eventuais fundamentos jurídicos que subsidiem a adoção da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Administrativo hoje, uma vez que o instituto se encontra à margem de previsão legal.

Pretende-se discutir a aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no direito administrativo com base numa interpretação sistemática dos diversos diplomas legais como alternativa à lacuna legislativa. Pautando-se pela integração da norma com os princípios, que determina a ação do administrador de acordo com a lei e com os princípios, onde, em determinadas situações, o administrador, além de ter que agir de acordo com a lei, também terá de agir de acordo com o próprio direito, ainda que não haja uma determinação legal, é o que se denomina de juridicidade. Em que configura uma mitigação ao princípio da

legalidade estrita em circunstâncias muito específicas em face do atendimento do interesse público.



## 1. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

### 1.1. Aspectos Históricos

Para a discussão do presente tema faz-se necessário a abordagem da origem da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a elucidar o propósito da criação de tal instituto.

A desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento jurídico utilizado para reprimir abusos no uso da personalidade jurídica de uma sociedade empresária.

Foi no direito americano que houve maior controle da pessoa jurídica, no que diz respeito às suas atividades e concretização de suas finalidades, desenvolvendo a teoria do *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity* no sistema *common law* (LOVATO, 2005). No ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*, em que o Juiz Marshall conheceu da causa, desconsiderando a personalidade jurídica já no século XIX (GARCIA, 2008; LOVATO, 2005).

[...], no ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*, o juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations*, já que a Constituição Federal americana, no seu artigo 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa.

A decisão revelou a necessidade, já no século XIX, de se tratar a pessoa jurídica e as pessoas naturais que a constituem como um todo, resguardadas as devidas autonomias, que agem em relação de interdependência. [...] (LOVATO, 2005)

Na Europa, reputa-se o primeiro caso de aplicação da teoria na Inglaterra, por meio do caso *Salomon vs. Salomon e Co*, julgado em 1897, sob o nome de *disregard of the legal entity* ou *disregard doctrine*. Mencionado por Carlos Gustavo Lemos de Souza como marco do nascimento da teoria (SOUZA, C., 2005).

Marlon Tomazette descreve esse caso, abaixo reproduzido:

“[...]”

Neste *leading case*, Aaron Salomon era um próspero comerciante individual na área de calçados que, após mais de 30 anos, resolveu

constituir uma *limited company* (similar a uma sociedade anônima fechada brasileira), transferindo seu fundo de comércio a tal sociedade. Em tal companhia, Aaron Salomon tinha 20 mil ações, e outros seis sócios, membros de sua família, apenas uma cada um. Além das ações, o mesmo recebeu várias obrigações garantias, assumindo a condição de credor privilegiado da companhia.”

“Em um ano, a companhia mostrou-se inviável, entrando em liquidação, na qual os credores sem garantia restaram insatisfeitos. A fim de proteger os interesses de tais credores, o liquidante pretendeu uma indenização pessoal de Aaron Salomon, uma vez que a companhia era ainda a atividade pessoal do mesmo, pois os demais sócios eram fictícios. O juízo de primeiro grau e a Corte de apelação desconsideraram a personalidade da companhia, impondo a Salomon a responsabilidade pelos débitos da sociedade. Tal decisão foi reformada pela Casa dos Lordes, que prestigiou a autonomia patrimonial da sociedade regularmente constituída, mas estava aí a semente da “*disregard doctrine*”.

[...]”

Apesar do desenvolvimento no âmbito do sistema *common law* americano, o jurista alemão Rolf Serick foi o responsável pela sistematização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em um trabalho dos anos 1950 (LOVATO, 2005). Esse trabalho de Rolf Serick consistia numa tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tubigen, na Alemanha em 1953, que definiu os critérios gerais da teoria baseado na jurisprudência norte-americana (SOARES, 2006).

[...], a teoria do *disregard* foi introduzida no civil law pelo Professor alemão Rolf Serick, que, em 1958, elaborou o conceito da ‘*durchgriff der juristischen personen*’, visando sistematizá-la sem os casuísmos dos julgados norte-americanos.

Serick proclamava que o princípio da autonomia da pessoa jurídica pode ser relativizado e está sujeito à derrogação, em determinadas situações. Todavia, o doutrinador não propunha a aniquilação da pessoa jurídica, mas sim que a teoria da penetração fosse vista como um mecanismo jurídico criado para protegê-la contra abusos de direito ou fraudes. A formulação do jurista germânico ficou conhecida como a “teoria clássica, ou maior, da desconsideração da personalidade jurídica.” (WURMBAUER JUNIOR, 2011)

A despeito desse denominador comum entre os doutrinadores que subsidiam o presente trabalho, no que se refere aos aspectos históricos do instituto,

Flábia Albertin de Moraes nos traz informações adicionais relacionadas a esse capítulo.

O desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ainda teve a contribuição do jurista italiano Piero Verrucoli, que utilizava o termo “superamento” da personalidade jurídica (MORAES, 2009).

Diante dessas verificações, constata-se o surgimento de um instrumento jurídico para coibir a invocação do instituto da autonomia patrimonial como meio de burlar à lei, no sentido de utilização abusiva ou cometimento de fraudes, afastando-se dos fins originários da criação da pessoa jurídica.

### **1.2. A Incorporação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

No Brasil, Rubens Requião foi o responsável por difundir e aprimorar sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, inspirado na doutrina de Rolf Serick e de Pier Verrucoli, tratando pela primeira vez do assunto numa Conferência na Universidade Federal do Paraná, na década de 1960 (MORAES, 2009).

Em decorrência da contribuição de Rubens Requião, a evolução da teoria no direito brasileiro ainda teve a colaboração de vários estudiosos – Fábio Konder Comparato, José Lamartine Corrêa de Oliveira, Fábio Ulhoa Coelho, Alexandre Couto Silva e Rolf Madaleno (GARCIA, 2008).

No que concerne à incidência da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no ordenamento jurídico brasileiro não há unanimidade entre os autores. Marlon Tomazette entende que as hipóteses de incidência estão previstas apenas no art. 28 do CDC (Lei nº 8.078/90), responsável pelo pioneirismo, no art. 18 da Lei 8.884/94 (infrações a ordem econômica) e, por fim, no art. 4º da Lei 9.605/98, relacionada às lesões ao meio ambiente. *“Tais dispositivos embora desprovidos da melhor técnica, por confundirem institutos diversos, acolhem ainda que de maneira confusa a desconsideração no direito brasileiro.”* (TOMAZETTE, 2002)

A título ilustrativo, Carlos Gustavo Lemos de Souza cita a CLT, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei de Sociedades Anônimas, a Lei nº 8.884/94, como previsões expressas do instituto no ordenamento jurídico pátrio (SOUZA, C., 2005).

No Código Tributário Nacional a previsão consta no art. 134, VII e art. 135, II, os quais estabelecem:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

[...]

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

[...]

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

[...]

Quanto à incidência na Consolidação das Leis do Trabalho, determina o art. 2º, §2º:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Os art. 134, inciso VII e art. 135, II do CTN abordariam o instituto da desconsideração. Entretanto, há divergências no entendimento de que haja incidência da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Tributário Nacional e na CLT.

Flávia Albertin de Moraes é uma das autoras que não compartilha deste entendimento. Seu posicionamento é de que o art. 2º, §2º, da CLT, os artigos 133, II,

134 e 135 do CTN, e, acrescenta ainda, o art. 6º da Lei de Crimes de Sonegação Fiscal e art. 6º da Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico não caracterizam hipótese de incidência da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, mas apenas “a responsabilização de pessoas físicas no exercício de seu mister administrativo.” (MORAES, 2009)

Bem como Marlon Tomazette afasta tal entendimento no que diz respeito ao art. 2º, §2º, da CLT, nos seguintes termos:

[...]

Tal dispositivo excepciona a autonomia resultante da formação de grupos empresariais, determinando a solidariedade das várias empresas integrantes do grupo, sem cogitar do abuso ou da fraude.

Ora, não se trata de desconsideração, mas de simples solidariedade,

[...]

Em tal hipótese não se discute o uso da pessoa jurídica, mas se protege de maneira direta o empregado, garantindo-lhe uma responsabilidade solidária das diversas integrantes do grupo, independentemente de fraude ou abuso. Não se suprime sequer momentaneamente a personalidade jurídica, apenas são estendidos os riscos da atividade econômica. (TOMAZETTE, 2002)

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza, ao discorrer sobre o instituto na legislação brasileira, afirma:

Foi assim que se passou a afirmar que o art. 134, VII e 135, II do Código Tributário Nacional e o art. 2º, §2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, seriam contemplativos da doutrina desconsiderante. Esta assertiva não obteve total adesão, vez que muitos doutrinadores passaram a defender a tese de que as referidas normas não dispunham acerca da genuína *disregard*. (SOUZA, V., 2006)

No que pertine aos art. 134, VII e 135, II do CTN, não consistiriam em hipótese da teoria, e sim possibilidade de responsabilização do sócio por uma dívida da pessoa jurídica (SOUZA, V., 2006). E quanto ao art. 2º, §2º da CLT, consistiria apenas em solidariedade referente aos débitos trabalhistas (SOUZA, V., 2006).

Mas, esta mesma autora, não se restringe a esse denominador comum ao discorrer sobre controvérsias de incidência do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, pois acrescenta:

Também a previsão do art. 10 do decreto 3708/19, que regulava as Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, e dos arts. 116 e 117 da Lei das Sociedades Anônimas (lei 6404/76), foram consideradas como enunciadoras da desconsideração da

personalidade jurídica. Deve-se esclarecer, contudo, que tais disposições nada tem a ver com a tese da *disregard*, eis que somente visavam responsabilizar diretamente aqueles que exorbitassem dos poderes que lhes foram confiados, tratando-se de verdadeira responsabilização por atos próprios. (SOUZA, V., 2006)

Mas, também, há previsões no ordenamento jurídico que os doutrinadores comungam do entendimento de serem hipóteses de incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Dentre as normas que enunciam referida teoria constam o art. 28 do CDC e o art. 50 do CC.

O Código de Defesa do Consumidor prevê o instituto no caput do art. 28:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.  
[...]"

Após a incorporação pelo Código de Defesa do Consumidor, outras leis surgiram abrangendo a teoria, como a Lei Antitruste n. 8.884 de 1994 (artigo 18) e a Lei n. 9.605 de 1998 (artigo 4º), que trata de questões ligadas ao meio ambiente. (GARCIA, 2008).

Já o Código Civil de 2002 incorporou o instituto em seu texto no art. 50:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Entretanto, até em relação ao Código de Defesa do Consumidor existem críticas quanto à abrangência de aplicação da teoria da desconstituição da pessoa jurídica. A crítica é direcionada para a ausência de estipulação da fraude como fato gerador da desconsideração. *"A única hipótese prevista no Código de Defesa do Consumidor que verdadeiramente corresponde ao histórico do instituto diz respeito à enunciação do abuso de direito, [...]"* (SOUZA, V., 2006).

Marlon Tomazette alerta, ao entender que consiste em previsão legal de incidência, quanto à utilização por analogia dessa hipótese em outros ramos do direito:

Trata-se de dispositivo aplicável exclusivamente às relações de consumo, não havendo que se cogitar de sua aplicação extensiva, a menos que se afigurem presentes os elementos de uma eventual aplicação analogia. Há que se ressaltar que em relação às infrações à ordem econômica, e ao meio ambiente há uma legislação própria que reproduz o CDC, não se devendo falar em aplicação analógica. (TOMAZETTE, 2002)

Este mesmo autor prevê duas hipóteses autorizadoras da desconconsideração elencadas pelo art. 28 do CDC – o abuso de direito e o excesso de poder.

Dentre inúmeras discussões, há quem entenda que a teoria da despersonalização é contemplada pelo art. 28 do CDC, pelo art. 18 da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), pelo art. 4º da Lei 9.605/98 (responsabilidade por lesões ao meio ambiente), e pelo unânime art. 50 do CC/2002. É o caso de Marcela Capachi Nogueira Soares que faz a ressalva, contudo, de que:

Tais leis setoriais, entretanto, são objeto de excessiva crítica por parte dos doutrinadores, em face dos desacertos de tais dispositivos com a elaboração doutrinária da teoria, visto que incluem entre os fundamentos da desconconsideração hipóteses em que a responsabilidade pode ser imputada diretamente ao sócio ou representante legal por ato ilícito próprio, não representando a despersonalização da sociedade óbice para essa imputação. (SOARES, 2006)

Sem a pretensão de exaurir a discussão acerca da Teoria da Desconconsideração da Personalidade Jurídica, indubitavelmente verifica-se uma confusão na doutrina entre as hipóteses de enunciação no ordenamento jurídico do instituto e as possibilidades imputação de responsabilidade diretamente ao sócio ou representante legal por ato ilícito próprio, ou seja, por exorbitarem das atribuições que lhes foram conferidas.

Embora, também, pela análise das contribuições doutrinárias supracitadas, infere-se que os diplomas legais do Código de Defesa do Consumidor

e do Código Civil contemplam, de forma evidente, a teoria desconsiderante, apesar de desprovidos da melhor técnica de redação legislativa.

Diante da confusão doutrinária na busca de se identificar a previsão taxativa nos diplomas normativos à enunciação do instituto, há outra corrente que se posiciona no sentido de que a teoria apresenta-se como um instituto da teoria geral do direito, a seguir melhor descrito:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no direito brasileiro, embora tenha surgido no âmago do direito comercial, apresenta-se como um instituto da teoria geral do direito. Considerando-se assim, é possível que ela abarque todas as hipóteses em que o uso fraudulento da pessoa jurídica ocorra, seja, portanto, no direito contratual, no direito comercial, no direito do consumidor e, segundo o objeto deste estudo, no direito administrativo. (MORAES, 2009)

A ampliação das possibilidades de incidência será estudada em capítulo oportuno, por ora, sendo suficiente apenas a exposição de uma corrente doutrinária que faz uma interpretação sistêmica da aplicabilidade desse instrumento jurídico.

### **1.3. Corrente Subjetiva e Corrente Objetiva da Desconsideração da Personalidade Jurídica**

Duas correntes se formaram em torno da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Corrente Subjetiva e Corrente Objetiva.

A primeira corrente, baseada nos estudos do alemão Rolf Serick, defende que para a utilização da desconsideração seria necessário comprovar o dolo (ânimo subjetivo) na conduta do agente, além de demonstrar o abuso pela confusão patrimonial e desvio de finalidade (SOUZA, C., 2005; MORAES, 2009).

A seu turno, para a corrente objetiva, que *“[...] teve origem com as críticas aos preceitos da corrente subjetiva elaboradas por Fábio Konder Comparato, [...]”* (COMPARATO, apud MORAES, 2009), basta comprovar a ocorrência do abuso, sem qualquer indagação relacionada à intenção do agente (SOUZA, C., 2005; MORAES, 2009).



O legislador pátrio, ao prever a teoria em alguns diplomas normativos, entre eles, a exemplo, o art. 50 do Código Civil, adotou a Corrente Objetiva.

#### **1.4. Teoria Maior e Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica**

Um último aspecto a ser abordado acerca da teoria consiste na configuração de uma Teoria Menor e uma Teoria Maior.

A Teoria Menor parte de uma análise mais superficial, pois o simples prejuízo do credor associado à impossibilidade da empresa de honrar suas obrigações permite a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Não sendo necessário que o credor comprove dolo ou confusão patrimonial da empresa. (SOUZA, V., 2006; MORAES, 2009)

A Teoria Maior, adotada por nossa doutrina e jurisprudência, exige, para ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica, a comprovação da fraude ou abuso de direito (SOUZA, V., 2006; MORAES, 2009). Acerca dessa Teoria, Flavia Albertin de Moraes menciona uma subdivisão teórica:

[...] a teoria maior subjetiva, em que é preciso, para desconsiderar a personalidade jurídica, comprovação da insolvência empresarial, aliada à demonstração de desvio de finalidade; e a teoria maior objetiva que, com espeque nos estudos de Fábio Konder Comparato, requer a existência de confusão patrimonial. (MORAES, 2009)

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza trouxe no seu estudo um tipo raro de desconsideração, que é a desconsideração invertida:

[...] desconsideração invertida, cuja teoria remonta a Ulrich Drobnig. Sua aplicação efetivar-se-á nas hipóteses em que os credores particulares do sócio sejam lesados pelo fato de ter havido um desvio intencional dos bens particulares do devedor para o patrimônio da sociedade, sendo situação facilmente encontrada em litígios familiares, quando o marido ou pai tenta, para se esquivar de uma futura partilha ou abster-se da prestação de alimentos, desviar seus bens para o patrimônio de uma sociedade. (SOUZA, V., 2006)

Após uma aprofundada abordagem da história e teoria da desconsideração da personalidade jurídica resta salientar o intuito do seu

surgimento, que consiste num mecanismo de proteção das sociedades empresárias que preservam os fins sociais para os quais foram criadas, penalizando aquelas que se afastam das finalidades originárias, que ensejaram a sua constituição, ao praticar ilícitos por abuso de direito, e prejudicando terceiros.

## **2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

### **2.1. Considerações Iniciais**

Após uma abordagem sobre as considerações gerais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, passemos a contextualização do instituto dentro do direito administrativo. A construção da defesa dessa tese será pautada no uso da analogia e dos princípios gerais do direito, visto que inexistente previsão legal desse instrumento jurídico no ramo do direito em questão.

A teoria da despersonalização da pessoa jurídica tem origem no Direito anglo-saxônico, como remédio contra os abusos e os desvios de finalidade de uma associação, no intuito de combater a fraude à lei e prejuízos a terceiros. A doutrina da “disregard of legal entity” (desconsideração da entidade legal) é aplicada, pois, nos casos em que a pessoa jurídica é mero instrumento para cometer fraude. (WATANABE, 2006)

Na busca de um atuar eficiente da Administração, no sentido de encontrar uma solução aos abusos cometidos por empresas nas contratações com o Poder Público, uma das alternativas é dar efetividade às sanções administrativas impostas a essas empresas.

Entretanto, no direito administrativo, há inúmeras lacunas legislativas, dentre elas a própria regulamentação do procedimento para aplicação de sanções administrativas em face de descumprimentos contratuais de licitantes e contratados, o que já obstaculiza o objetivo de atender ao interesse público, que dirá o reconhecimento da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dentro das sanções administrativas, no intuito de se dar efetividade à sanção imposta para se atingir a excelência no atendimento do interesse público.

### **2.2. Fundamento Legal**

Diante da constatação do primeiro obstáculo para a defesa dessa tese no presente trabalho, qual seja, a inexistência de previsão legal. O embasamento do reconhecimento desse instituto será orientado pela visão sistêmica do objetivo maior da Administração Pública, que é servir à sociedade.

[...] a aplicabilidade dos princípios em qualquer microsistema do Direito se mostra de extrema eficácia, pois é baseado neles que o Estado estrutura todo o seu corpo legislativo. Importante salientar ainda que os princípios constitucionais e específicos do Direito protegem a unidade do ordenamento jurídico, uma vez que, em caso de conflito entre normas, eles serão utilizados na interpretação legal (MOURA; VALE, 2011).

É pacífico o entendimento de que toda e qualquer atividade da Administração Pública deve ser revestida pelos princípios constitucionais elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal<sup>1</sup>, bem como, os previstos no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784/1999<sup>2</sup>, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.

Nesse sentido temos o seguinte entendimento:

O processo administrativo, compreendido como o conjunto de atos lógicos e seqüencialmente encadeados praticados pela administração pública com objetivo específico, visa ao atendimento do interesse público, qual seja, o bem comum. Não obstante, na consecução do bem coletivo, há de se observar as balizas traçadas pelos princípios reitores da atividade pública. (MORAES, 2009)

Numa análise tradicional do Princípio da Legalidade Estrita, presente no art. 2º, I, da Lei nº 9.784/99<sup>3</sup>, a atuação do administrador é limitada a prévia determinação legal, e esta instrumentalidade formal proporciona o controle das atividades do Poder Público.

<sup>1</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ...”

<sup>2</sup> “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

<sup>3</sup> “Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;...”

[...], em que pese o princípio da legalidade ser o alicerce de toda a construção implementada pelo Estado, ele não pode ser considerado de forma isolada, sob pena de a administração pública se tornar um ente que apenas executa leis, órgão engessado e cego às diversas nuances da realidade. Exige-se do administrador, portanto, atitudes em que o bom senso e o equilíbrio devem prevalecer, sempre sob a égide dos demais princípios constitucionais e legais. Desse modo, o princípio da finalidade ou da impessoalidade, a significar a busca pela realização do interesse comum e social, deve ser levado em conta. [...] (MORAES, 2009)

Os doutrinadores que defendem a utilização desse instituto nas penalizações administrativas fazem uma articulação dos princípios constitucionais direcionando a discricionariedade da atuação do administrador público para realizar o interesse comum. *“..., embora o princípio da legalidade exija que a administração pública só aja ante a exigência expressa da lei, não é possível, sob esse argumento, ignorar outros princípios constitucionais, como a moralidade e a eficiência.”* (MORAES, 2009)

Embora a permissão de se aplicar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito administrativo não esteja positivada no ordenamento jurídico pátrio, os princípios constitucionais e os infraconstitucionais que regem a atividade administrativa permitem a sua utilização. A administração pública pode-se valer do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica sempre que a fraude ou o abuso de direito, em evidente afronta ao interesse público, estiverem presente. Dessa feita, a ausência de legislação específica não pode ser alegada como pretexto para se manter intangíveis as pessoas físicas que forjaram a pessoa jurídica no intuito de prejudicar o Estado. (MORAES, 2009)

Nesse diapasão, a teoria poderia ser utilizada baseando-se nos princípios da moralidade administrativa, da eficiência e, ainda, da razoabilidade.

Sob esse enfoque, a moralidade é elementar de todo ato do administrador público. E no que se refere ao dever de atuação da Administração, o princípio da legalidade deve ser equilibrado com o da eficiência para se valer dos meios mais adequados à consecução do fim comum. Por sua vez, a razoabilidade contribui na ponderação entre o ônus imposto e o benefício a ser alcançado. (MORAES, 2009)

Em síntese, verifica-se que nenhum princípio constitucional ou legal deve se valer independente dos demais. Os diversos matizes com os quais se apresenta a realidade exigem do administrador a capacidade de atuar do modo mais condizente com o caso concreto, sem estar fadado ao seguimento de rígidas pautas preestabelecidas, que não levam em conta a variação da hipótese específica e não significam, amplamente, que o interesse público está sendo observado. Nesse cenário, a motivação adequada garante a incidência do princípio da moralidade e da eficiência, além de explicar que o interesse público é móvel da atitude eleita como a mais coerente. (MORAES, 2009)

Os contornos do princípio da legalidade estrita têm se apresentado insuficientes para dar conta da complexidade da realidade social. Numa nova dimensão democrática do Estado de Direito, a aplicação do direito passa a ser tão relevante quanto a sua criação. (BOHLER, 2006)

Assim, em contraposição ao Princípio da Legalidade Estrita, a concepção moderna do Princípio da Legalidade exige a inteligência do ordenamento jurídico enquanto sistema, o que impõe a Administração, a fim de proporcionar maior eficácia a sua atuação no caso concreto, a ponderação e harmonização dos dogmas no intuito de se atingir a melhor solução.

Esse novo entendimento amplia os contornos do princípio da legalidade, não se restringindo apenas ao especificado em lei, englobando o direito como um todo, é o que se entende por princípio da juridicidade, que consiste *“no conjunto de normas e princípios que constituem o Direito como um todo, e que representam um dever a ser seguido e cumprido pelo administrador público”* (BOHLER, 2006).

Assim, a lei não é a única fonte de Direito, muito embora seja uma das mais importantes. A Administração Pública está vinculada a dar efetividade à norma, tornar dinâmico o direito posto, está portanto vinculada ao princípio da juridicidade, está vinculada à realização do Direito.

Neste diapasão, a falta de expressa previsão legal não pode ser considerada óbice a que se promova desconsideração da pessoa jurídica quando presentes as provas do uso abusivo da personalidade, uma vez que o administrador tem o dever de se balizar pela juridicidade administrativa, e não somente pela legalidade tomada em sentido estrito.

Atender ao princípio da juridicidade, no âmbito administrativo, significa conjugar legislação posta e os princípios reitores da própria administração. [...]. E, aqui notadamente para o caso posto, ganham relevo a moralidade administrativa e a eficiência.

[...]

[...]. Fere a moralidade administrativa constituir pessoa jurídica com escopo de subtrair-se ao cumprimento de penalidade imposta pela própria Administração.

A eficiência administrativa, [...], revela-se no sentido de que se deve sempre buscar o melhor resultado possível, [...]. (BOHLER, 2006)

Ante o exposto, a ausência de previsão legislativa não pode ser alegada como pretexto de impossibilidade de se operar, em última instância, a defesa do interesse público, haja vista a inexistência de ferramentas legais que possibilitem coibir, na esfera administrativa, os abusos cometidos por empresas que se aproveitam da proteção jurídica da autonomia da sociedade empresária em relação aos seus sócios para se afastar dos fins originários para os quais foi constituída, desviando-se de sua função social. E tornando inócua uma sanção administrativa imposta pelo Estado.

### **2.3. Hipóteses de Cabimento**

Partindo da premissa de que o Estado não pode permanecer-se inerte diante de abusos e ilegalidades cometidos por pessoas jurídicas, nas contratações com o poder público, em decorrência de ausência de previsão normativa, resta elencar quais situações ensejariam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.079/90, art. 28) adotou a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, e fixou como hipóteses que ensejam a sua autorização os casos de abuso de direito ou fraude, e, ainda, o mero risco de que a pessoa jurídica venha a se tornar óbice à reparação dos danos causados, como, por exemplo, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração (WURMBAUER JUNIOR, 2011)

O art. 50 do Código Civil acatou a teoria maior da desconsideração da personalidade, e menciona expressamente “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial” como pressupostos para aplicação de seus efeitos, essa condição foi estabelecida nos seguintes termos: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, [...]”.

Dentre os doutrinadores que foram utilizados para subsidiar o presente trabalho, nenhum deles ousou mencionar outras hipóteses autorizadoras da utilização da teoria da personalidade que não as já descritas nos dispositivos normativos acima descritos, até mesmo porque se adentraria numa seara jurídica temerária por não haver respaldo legal, e, por isso, plenamente questionável.

Contudo, em momento oportuno, examinaremos uma jurisprudência do Tribunal de Contas da União que atribuiu efeito diverso do tradicionalmente especificado em lei ao utilizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para operar a citação pessoal dos envolvidos num processo administrativo de Tomadas de Contas Especial (Acórdão 3135/2006 – Segunda Câmara).

Um, dentre inúmeros, dos desafios enfrentados nas contratações com o poder público é encontrar mecanismos legais que concedam efetividade às sanções administrativas. E uma das soluções reside na extensão das sanções imputadas as sociedades empresárias às pessoas físicas envolvidas no processo apurado. A proposta de incorporação da teoria da desconsideração da personalidade no processo administrativo punitivo proporcionará tal efetividade almejada.

A administração pública, portanto, é capaz de delimitar quais são os direitos e deveres da pessoa jurídica, sem que haja confusão com os direitos e os deveres das pessoas físicas por trás da ficção empresarial. Assim, por via de regra, o descumprimento de alguma obrigação acarreta a possibilidade de apenação da pessoa jurídica e não da pessoa física.

Nesse passo, a penalidade administrativa aplicada a uma pessoa jurídica não recai sobre a figura dos sócios, desde que a sociedade tenha existência regular e não haja, por parte das pessoas físicas, o intuito fraudulento, hipótese em que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer.

[...]

No curso do processo administrativo punitivo, caso a administração pública se depare com indícios de que a pessoa jurídica, a ocupar o polo passivo da relação processual administrativa, vale-se de fraude



com o escopo de escusar-se de sua responsabilidade, poderá, desde que garantido o contraditório e a ampla defesa, desconsiderar a personalidade jurídica para que as pessoas físicas passem a figurar como parte passiva da demanda administrativa podendo vir a ser, ao final, apenas.

[...]

Não obstante a solução aventada, é possível à administração pública efetuar diretamente a desconsideração da personalidade jurídica. Assim, no bojo de um processo administrativo punitivo, a desconsideração da personalidade jurídica poderá ser discutida na fase do contraditório, desde que na fase investigativa haja evidências de que as pessoas físicas que representam o ente moral agem com fraudes. A estrutura processual instaurada é utilizada, sem necessidade de se dar impulso a um processo administrativo autônomo. (MORAES, 2009).

De todo o modo, a Administração Pública não pode abster-se de promover a real responsabilização dos que violarem o interesse público em detrimento da ausência de previsão normativa expressa.

Como expediente de coibição, deve se estender a penalidade, por via da desconsideração da personalidade jurídica, às outras sociedades que tenham sido criadas com esse fim. Desconsidera-se a personalidade jurídica da empresa penalizada para identificar os sócios, imputando a esses a penalidade como forma de predominância da atuação do Estado na apuração de suas responsabilidades, estendendo a sanção para a empresa constituída com fins espúrios. Ou, de outra forma, desconsidera-se a autonomia de ambas as sociedades para identificá-las como uma mesma empresa, penalizando assim o ente ulterior pela inexecução contratual ou conduta inidônea da primeira empresa. (SOARES, 2006)

A realidade dos contratos públicos é muito mais complexa do que as hipóteses abordadas no nosso ordenamento jurídico. Entendo ser admissível uma atenuação, com reservas, das hipóteses autorizativas, desde que haja a comprovação do ato para admitir a quebra da proteção inerente à pessoa jurídica, mediante apuração em regular processo administrativo, resguardando-se o direito de defesa do pólo passivo e o amplo acesso aos autos.

[...] verifica-se que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica seria plenamente viável nas licitações. Isto porque a desconsideração serviria como um mero mecanismo de

garantia à efetividade das sanções administrativas, cujo objetivo é preservar a finalidade da licitação: a escolha da oferta mais vantajosa ao poder licitante. Obviamente que a imposição dessa medida deverá ser antecedida de um procedimento em que sejam asseguradas a ampla defesa e o contraditório.

[...]

[...] Ora, evidentemente, se a intenção do legislador é evitar que licitantes inidôneos participem dos procedimentos de licitação pois presume que sua contratação não será vantajosa ao Poder Público, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não ofende o ordenamento jurídico, muito menos o regime jurídico aplicável ao direito administrativo sancionador. Ao contrário: como instrumento de concretização da finalidade legal, há um reforço ao princípio da legalidade e aos demais princípios norteadores da atuação dos agentes públicos, principalmente o da moralidade. (MUSSI, 2007)

A depender do caso concreto, situações atípicas podem ensejar essa quebra da proteção, e o poder público deve imiscuir-se de apurar e imputar a responsabilidade cabível. Tais vivências consistem em aperfeiçoamento dos mecanismos de controle, que só se adquire com a experiência, mas sempre orientados para a consagração dos princípios da eficiência, razoabilidade, finalidade, moralidade, e interesse público, razão de existência da Administração Pública.

#### **2.4. Procedimento para Aplicação**

Inúmeros questionamentos permeiam o procedimento para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive nos ramos do direito, onde está pacificado que houve a sua incorporação, o seu reconhecimento. O que consiste noutro obstáculo para a sua utilização no direito administrativo, uma vez que, à exceção de outros ramos do direito, a Administração Pública não depende da interferência do Poder Judiciário para executar os seus próprios atos, haja vista o atributo da auto-executoriedade que reveste os atos administrativos.

Mas antes de adentrar nas particularidades dos atos administrativos, faz-se necessário uma abordagem das duas correntes de entendimento relativas ao procedimento para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica de forma geral.

A desconconsideração da personalidade jurídica poderá ocorrer de duas formas, ambas mediante provocação do Poder Judiciário. Uma por meio de processo autônomo de conhecimento, e outra por meio de incidente processual dentro do próprio processo de execução (GARCIA, 2008).

A primeira corrente entende que o procedimento decorreria de um incidente processual dentro do processo de execução diante do inadimplemento da sociedade processada. Segundo essa corrente, uma ação de conhecimento autônoma derivaria desse incidente processual, de forma a assegurar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa à sociedade empresária (GARCIA, 2008).

Pela segunda corrente, em nome da celeridade processual, a desconconsideração da personalidade jurídica seria aplicada por meio de um despacho do juiz dentro do próprio processo de execução (GARCIA, 2008).

Este assunto está longe de uma uniformização de entendimento, mas na prática alguns tribunais têm decidido no sentido da desnecessidade de um processo de conhecimento autônomo para aplicar a desconconsideração da personalidade jurídica, sendo suficiente que o pedido ocorra de forma incidental dentro do processo de execução (GARCIA, 2008).

De forma ilustrativa, segue decisões jurisprudenciais que corroboram com essa linha de entendimento. Abaixo entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: EXECUÇÃO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - POSSIBILIDADE - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INSTALAÇÃO DE PROCESSO DE CONHECIMENTO - SÓCIO - CITAÇÃO. 1. A desconconsideração da personalidade jurídica da empresa executada pode ser decretada nos autos da própria ação de execução, independentemente de processo de conhecimento autônomo. 2. Só depois de decretada a desconconsideração da personalidade jurídica é que se faz necessária a expedição de mandado de citação, dirigido aos sócios que venham a ser incluídos no pólo passivo.

AGRAVO N° 1.0024.07.763195-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): YVONE NACUR E OUTRO(A)(S) - AGRAVADO(A)(S): DBR TURISMO LTDA, BEATRIZ PORTUGAL GOES, RONALDO CAIAFA RACHID, TONY MARLEY SANTOS -

RELATOR: EXMO. SR. DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES.

Do mesmo modo, convém empreender um exame de decisões prolatadas nos Tribunais Superiores que detêm relevância para a discussão:

CIVIL. LOCAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. FALTA. SIMILITUDE FÁTICA. FALTA. I - A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma, podendo ser concedida incidentalmente no próprio processo de execução desde que verificados os pressupostos de sua incidência. Precedentes. (...) (AgRg no REsp 798095 / SP; rel. Min. Feliz Fischer; T5 - Quinta Turma; j. 06/06/2006; publ. DJ 01.08.2006 p. 533);

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - RETENÇÃO LEGAL - AFASTAMENTO - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO E FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 284 E 356 DO STF - PROCESSO EXECUTIVO - PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA-EXECUTADA - POSSIBILIDADE - DISPENSÁVEL O AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA. (...) 4 - Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma (RMS nº 16.274/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 2.8.2004; AgRg no REsp nº 798.095/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 1.8.2006; REsp nº 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 12.9.2005). 5 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo." (REsp 331478 / RJ; rel. Min. Jorge Scartezzini; T4 - Quarta Turma, j. 24/10/2006; publ. DJ 20.11.2006 p. 310).

Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária. Sócios alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal. - A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. - O sócio alcançado pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária torna-se parte no processo e assim está legitimado a interpor, perante o Juízo de origem, os recursos tidos

por cabíveis, visando a defesa de seus direitos. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. (STJ - ROMS 16274/SP - 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 02.08.2004).

O que é pacífico entre os doutrinadores é que a desconsideração da personalidade jurídica é episódica e somente incide em hipóteses específicas. Em decorrência do caráter excepcional de sua utilização, é indispensável à observância aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, de forma a possibilitar a produção de provas por parte do interessado na busca da verdade real dos fatos, visto que não há previsão legal de nenhum procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica (GARCIA, 2008).

Em face da excepcionalidade do instituto, ainda que não haja uma formatação do procedimento, pressupõe-se que “a desconsideração da personalidade jurídica durante o processo licitatório é possível, desde que seja deferida ao administrado a faculdade de se valer do contraditório e da ampla defesa.” (MORAES, 2009)

Independente do procedimento adotado para imputação da desconsideração da personalidade jurídica Luiz Gustavo Lovato ressalta que:

A doutrina entende ser inadmissível, apesar de todo o caráter protecionista do CDC, a desconsideração da personalidade jurídica em tutela antecipada, eis que o instituto possui caráter semelhante aos processos cautelares, o que permite, portanto, a concessão em medida liminar. (LOVATO, 2005)

Persiste a divergência quanto ao procedimento para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica mediante provocação do Poder Judiciário, tendo em vista a imprevisão normativa para tanto. E mais polêmico ainda é o delineamento desse procedimento no âmbito administrativo. Mas há doutrinadores que admitem a possibilidade de imputação da teoria da desconsideração por meio de ato administrativo, tendo em vista que os atos da Administração Pública são revestidos do atributo da auto-executoriedade.

Embora não exista norma específica sobre a desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, nas licitações e contratos administrativos, a Administração Pública tem o dever de observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos,

sob pena de nulidade do ato administrativo, bem como, poderá aplicar tal tese sem a interveniência do Poder Judiciário, tendo em vista a auto-executoriedade dos atos administrativos. (PEREIRA JUNIOR, 2006)

Os que compartilham desse posicionamento o argumentam em face de que a ausência de previsão legal não pode ser um óbice à atuação eficiente do poder público, haja vista a desarrazoabilidade da tutela pelo ordenamento jurídico da permanência de um ato ilícito em detrimento do interesse público, objetivo mor de qualquer atuação da Administração Pública.

[...], o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico, seria uma grande incongruência admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir-se, com base no Princípio da legalidade, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico. (PEREIRA JUNIOR, 2006)

Ainda que seja um instituto do direito sem delineamentos normativos, é inquestionável a necessidade de garantia do devido processo legal, mediante o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CF<sup>4</sup>, além da motivação dos atos administrativos dos quais decorram a imposição de sanções administrativas, sob pena de incorrerem em ilegalidade.

Nesse sentido,

[...]

A Lei do Processo Administrativo Federal reconhece, no seu art. 2º<sup>5</sup>, a ampla defesa como princípio, fixando a defesa prévia como regra (art. 3º<sup>6</sup>, III<sup>6</sup> e 38, §1º<sup>7</sup>); a possibilidade de produção de provas (art.

<sup>4</sup> Art. 5º, LV, CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

<sup>5</sup> “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

<sup>6</sup> “Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: [...]”

“III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; [...]”

<sup>7</sup> “Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.”

37<sup>8</sup>, 41<sup>9</sup>, 44<sup>10</sup>), a faculdade do uso de defesa técnica, fazendo-se assistir por advogado (art. 3<sup>o</sup>, IV<sup>11</sup>) e a revisibilidade da decisão (art. 56<sup>12</sup> e seguintes).

[...]

No âmbito do processo administrativo, a motivação dos atos, enquanto acesso aos motivos que ensejaram a prática do ato administrativo, apresenta-se de suma importância, pois a ausência ou a motivação inadequada dos atos praticados no processo administrativo pode comprometer o direito de defesa dos administrados, enfraquecendo-o ou até mesmo configurando um verdadeiro cerceamento de defesa que pode fundamentar a anulação do ato administrativo, como também pode dificultar a verificação da observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ou seja, a motivação deixa transparecer se houve a oportunidade de contraditório e de ampla defesa no decorrer do processo administrativo, viabilizando inclusive o acesso ao Judiciário.

[...] para existir o devido processo legal é imprescindível que o ocorra o contraditório e a ampla defesa, que apenas serão exercidas amplamente com a motivação dos atos administrativos praticados no decorrer do processo administrativo.” (CAVALCANTI, 2010, p. 209-211)

Em suma, a despeito das divergências doutrinárias acerca do procedimento mais adequado, é unânime o entendimento da indeclinabilidade de se assegurar ao interessado o direito do contraditório e da ampla defesa, em regular processo administrativo, haja vista a excepcionalidade do instituto jurídico e a gravidade da situação que ensejaria a sua utilização.

---

“§1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.”

<sup>8</sup> “Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.”

<sup>9</sup> “Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.”

<sup>10</sup> “Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.”

<sup>11</sup> “Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: [...]”

“IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.”

<sup>12</sup> “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. [...]”

## **2.5. Implicações da Utilização da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Administrativo**

A utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica por meio dos atos administrativos contribui para a efetividade das sanções administrativas impostas aos contratados pelo Estado, e promove a contração com empresas idôneas, o que está em conformidade com o interesse público e a moralidade administrativa.

Deste modo, identifica-se a moderna aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, como um instrumento eficaz de controle de atos fraudulentos e de abuso de forma, pautando-se a Administração Pública pela observância dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, como a Moralidade Administrativa, a Supremacia do Interesse Público e a Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, revelando verdadeira harmonia do ordenamento jurídico enquanto sistema. (PEREIRA JUNIOR, 2006)

Marco André Bohler corrobora com esse entendimento nos seguintes dizeres:

Assim, é contraproducente e tende a conduzir a uma situação de ineficiência permitir que pessoa jurídica que já ocasionou situações de inexecução de contratos possa participar de processo licitatório, somente porque se apresenta encoberta com nova personalidade jurídica. Além do mais, a finalidade, dentre outras, na aplicação de sanções é justamente coibir práticas que conduzem ao desperdício de recursos públicos. As sanções administrativas, no terreno das licitações e contratos, têm profunda vinculação com a busca de um atuar eficiente da Administração Pública.

Assim, cabe ao administrador promover a ponderação no intuito de harmonizar os dogmas e a aplicação dos princípios implícitos e explícitos da Administração Pública, com observância da razoabilidade e da proporcionalidade

Ademais, em defesa de uma atuação preventiva do Estado, entendo que diante de eventual previsão legal de impedimento, de sociedade empresária já penalizada pelo poder público, de licitar ou contratar com a Administração Pública, incontestavelmente tal dispositivo contribuiria para a tutela dos interesses da sociedade, principal beneficiário e destinatário final do serviço público, por coibir



fraudes em futuras licitações e contratações, promover a concorrência honesta nos certames, composta por empresas idôneas, e, por conseguinte, evitar prejuízos ao Erário.

### 3. POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Em que pese a polêmica que circunda o presente tema, posicionamentos jurisprudenciais têm admitido a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sede de direito administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso ordinário em mandado de segurança, reconheceu a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, fundamentando a sua decisão nos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público, ressaltando a concepção moderna do princípio da legalidade, que não está a exigir apenas a literalidade formal, mas a inteligência do ordenamento jurídico enquanto sistema.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. - A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. - A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento.<sup>13</sup>

---

<sup>1</sup> <sup>3</sup> RMS 15166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003 p. 262.

O Tribunal de Contas da União, em semelhante entendimento nos autos do processo nº 675.295/1994-7, de relatoria do Min. Guilherme Palmeira, emitiu parecer favorável à desconsideração da personalidade jurídica:

Tomada de Contas Especial. Convênio. FAE. Prefeitura Municipal de Lagarto SE. Superfaturamento na aquisição de gêneros alimentícios. Responsabilidade solidária do prefeito, comissão de licitação e ex-proprietários da empresa fornecedora. Razões de justificativa rejeitadas. Contas irregulares. Débito. Exclusão da empresa da relação processual. Inclusão do nome dos responsáveis no CADIN. Remessa de cópia ao MPF. - Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Análise da matéria.

[...]

Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer os fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis, principalmente porque, se não aplicada à regra da desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa por exemplo) àqueles que praticaram os ilícitos, usufruíram pessoalmente das verbas ilicitamente auferidas (já que não contabilizaram na empresa e sacaram diretamente no banco) e que não figurarão nos autos, dificultando a apuração da responsabilidade dos mesmos e conseqüente encaminhamento dos fatos ao Ministério Público Federal para as ações de direito, enfim, uma série de conseqüências jurídicas capazes de tornar este processo inefetivo e injusto. (Acórdão 189/2001 – Plenário)

Convém destacar outros posicionamentos da Corte de Contas da União, em processos de Tomada de Contas Especial, em que foram reconhecidas a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa.

EMENTA: Tomada de Contas Especial. Entidade privada. Cobrança indevida junto ao INAMPS de materiais não utilizados por pacientes do Hospital Sociedade Beneficente de Campo Grande MS. Responsabilidade dos sócios. Alegações de defesa do gerente da empresa já rejeitadas. Apresentação de elementos adicionais de defesa. Ausência de fatos novos. Contas irregulares. Débito. Inclusão do nome do responsável no CADIN. Remessa de cópia ao MPF. - Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Responsabilidade dos sócios. Considerações.

SUMÁRIO: Tomada de Contas Especial instaurada em razão da cobrança indevida de materiais não utilizados nos pacientes Sociedade Beneficente de Campo Grande. Alegações de defesa rejeitadas pela Decisão nº 638/2000-Plenário. Desconsideração da pessoa jurídica. Irregularidade das contas do responsável. Imputação

de débito. Autorização para a cobrança judicial da dívida e encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público Federal.

ACÓRDÃO: [...]

Considerando que a empresa Prolabor Comércio de Produtos Hospitalares Ltda faliu e restou comprovada a participação do sócio-Diretor nos atos que motivaram os prejuízos causados ao INAMPS, o que enseja a desconsideração da pessoa jurídica e, via de consequência, a condenação do sócio-Diretor da empresa; [...] (Acórdão 29/2001 – Plenário)

Para o que interessa no presente estudo, no Acórdão 3135/2006 – Segunda Câmara do TCU, num processo de Tomada de Contas Especial, os efeitos da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica irradiaram para a citação pessoal do sócio-diretor, em substituição à empresa, cujas atividades já haviam sido encerradas.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. FNS. COBRANÇA POR MATERIAIS NÃO SOLICITADOS/UTILIZADOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DÉBITO.

1. Julga-se em débito o fornecedor, em razão da cobrança indevida de materiais.

2. O abuso da personalidade jurídica da empresa, com o fim de fraudar a Administração Pública, justifica a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, albergada no art. 50 do Código Civil.

3. Os prazos de prescrição estabelecidos na Lei 9.873/99 não se aplicam às ações de controle externo constitucionalmente atribuídas ao Tribunal de Contas da União.

RELATÓRIO DO MINISTRO RELATOR:

[...]

No âmbito deste Tribunal, os Srs. Carlos Alberto Ferri e Toríbio César Lacôrte foram regularmente citados, em solidariedade, para apresentar defesa ou recolher a importância devida (fls. 273/4 e 275/6, vol. 1). O Sr. Toríbio foi citado pessoalmente, em substituição à empresa da qual foi Sócio-Diretor, cujas atividades já haviam sido encerradas, com base no entendimento de que a ação irregular do representante legal da empresa autorizava a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (fl. 609, vol. 3). [...]

VOTO DO MINISTRO RELATOR:

[...]

Verifico que a unidade técnica promoveu a citação do Sr. Toríbio César Lacorte, em lugar de citar a empresa da qual foi sócio-diretor, que já encerrou suas atividades. Entendo acertado tal encaminhamento. Os presentes autos demonstram o abuso da personalidade jurídica da empresa com o fim de fraudar: a ACL proclamou, propositadamente, informações falsas, ao incluir, em seus documentos de cobrança, materiais não utilizados. Por essa

razão, mostra-se adequada a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, albergada no art. 50 do Código Civil. [...] (Acórdão 3135/2006 – Segunda Câmara)

Com efeito, a construção descrita acima possui implicação prática relevante, haja vista ser oneroso ao Erário proceder à citação por edital, e, ainda, restar inócuo, o mencionado procedimento, no caso de encerramento das atividades de uma sociedade empresária ou mesmo quando a pessoa jurídica fecha as suas portas sem dar baixa na respectiva inscrição do CNPJ. Ao passo que a citação pessoal dos sócios da empresa, em lugar da própria pessoa jurídica, cumpre um procedimento processual essencial sem imputar uma presunção de culpabilidade à pessoa citada. Ademais, consiste num meio de dar concretude ao princípio constitucional da celeridade processual.

Em prosseguimento ao sucinto exame do panorama jurisprudencial do TCU acerca da temática abordada, o caso em tela aplicou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, caracterizada na responsabilização solidária dos sócios da empresa contratada, sob o fundamento de fraude, diante de evidências de conluio entre o ex-gestor Municipal e a contratada.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. PAGAMENTO ANTECIPADO A FORNECEDOR. INEXECUÇÃO DO OBJETO. FRAUDE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA CONTRATADA. RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS. IRREGULARIDADE. DÉBITO. MULTA.

Julgam-se irregulares as contas do ex-Prefeito em face da omissão no dever de prestar contas, da realização de pagamentos antecipados e da inexecução do objeto, com fundamento no art. 16, inciso III, alíneas a e d, da Lei n. 8.443/1992.

Com fundamento no desvio de finalidade empresarial e na liquidação irregular da sociedade, julgam-se irregulares as contas dos sócios, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea d, da Lei n. 8.443/1992.

RELATÓRIO DO MINISTRO RELATOR:

[...]

2.2.1. Entendeu ainda caracterizada a responsabilidade solidária dos sócios da empresa contratada, com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ante o encerramento de suas atividades. Dessa forma, foi proposta a citação dos Srs. Dalton Machado Colodeto e Hugo César de Oliveira pela apropriação indevida pela empresa PHD ¿ Segurança, Proteção e Transformação de Veículos Ltda. da quantia de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil

reais), oriunda do Convênio n. 1.461/1999-FNS, pois, apesar de ter recebido a referida importância, mediante depósito feito pela Prefeitura Municipal de Governador Archer/MA em sua conta-corrente n. 6.307-X, mantida na agência de n 3482-7 do Banco do Brasil, a empresa deixou de fornecer o bem adquirido por aquela Prefeitura.

[...]

VOTO DO MINISTRO RELATOR:

[...]

10. No caso em exame, o fundamento que autoriza a desconconsideração da personalidade jurídica da empresa PHD ç Segurança, Proteção e Transformação de Veículos Ltda. reside nas evidências de conluio entre o ex-gestor Municipal e a contratada, consistente no fato de que as notas fiscais emitidas pela fornecedora da unidade móvel de saúde (fls. 140/141) têm data anterior à da sessão da abertura das propostas (fl. 133), o que sinaliza que a empresa vencedora do certame já estava previamente determinada, não tendo a licitação sido realizada com a impessoalidade e a moralidade devidas. Não sendo plausível entender que o Direito reconheceria personalidade jurídica à empresa para que ela atuasse em contrariedade às normas legais, faz-se presente a hipótese de desvio de finalidade a que alude o art. 50 do Código Civil, na qual responde o sócio gerente Dalton Machado Colodeto, assim identificado no contrato social (fl. 103).

11. Também não está excluída a hipótese de dissolução irregular da sociedade, corroborada pelos registros de situação cadastral "inapta" e "não habilitado", constantes dos cadastros de pessoas jurídicas de fls. 161/162, uma vez que os sócios não compareceram ao processo para demonstrar que a extinção foi regular. Assim, também responde solidariamente pelo débito o sócio cotista Hugo César de Oliveira. [...] (Acórdão 3858/2009 – Primeira Câmara)

Semelhante entendimento também foi utilizado para justificar a imputação de responsabilidade solidária aos dirigentes de uma fundação, diante de várias evidências de fraude na celebração de um Convênio (nº 01/2002), além da possível dificuldade de se recompor o Erário apenas com o patrimônio da pessoa jurídica. A caracterização da fraude em questão decorreu de vestígios de prévio ajuste, no intuito de burlar o procedimento licitatório, configurando hipótese de desvio de finalidade, a seguir citado.

SUMÁRIO: RECURSO DE REVISÃO. CONTAS JULGADAS REGULARES COM RESSALVA. CONHECIMENTO. REABERTURA DAS CONTAS. PAGAMENTO IRREGULAR DE TAXAS DE ADMINISTRAÇÃO E DE MARK UP NO ÂMBITO DO CONVÊNIO N. 01/2002. CONTRATAÇÕES SEM PRÉVIO PROCEDIMENTO

LICITATÓRIO. EFETIVAÇÃO DE PAGAMENTOS SEM COBERTURA CONTRATUAL E POR SERVIÇOS NÃO PRESTADOS. PROVIMENTO. REVELIA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES COM DÉBITO E MULTA.

1. É irregular no âmbito de convênio o pagamento de taxas de administração e de mark up, parcelas que, além de serem incompatíveis com a mútua cooperação que deveria pautar o instrumento firmado, não estavam previstas no ajuste.
2. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica da fundação contratada, a fim de responsabilizar seus dirigentes por dano causado ao erário, quando caracterizada alguma das hipóteses previstas no art. 50 do Código Civil.
3. O responsável que não atender à citação ou à audiência será considerado revel pelo Tribunal, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo.
4. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe multa, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

RELATÓRIO DO MINISTRO RELATOR:

[...]

23. No tocante à irregularidade descrita no item "b", embora tenha concordado com a apropriação indevida de recursos públicos, mediante a cobrança de taxas que não estavam previstas no instrumento pactuado, e com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a dissidência foi quanto à extensão dos efeitos dessa teoria, a fim de responsabilizar os membros do Conselho de Curadores da FUPES/VV (Aly da Silva, Edenyrr Dantas da Silva, Paulo Régis Vescovi, Edson Franco Imaginario e Rosivaldo Bispo dos Santos).

[...]

VOTO DO MINISTRO RELATOR:

[...]

6. No tocante à irregularidade descrita no item "b", embora tenha concordado com a apropriação indevida de recursos públicos, mediante a cobrança de taxas que não estavam previstas no instrumento pactuado, e com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o procurador dissentiu quanto à extensão dos efeitos dessa teoria aos membros do Conselho de Curadores da FUPES/VV.

[...]

20. Nesse contexto, fica claro que o pagamento das taxas de administração e de mark up no âmbito do Convênio nº 01/2002 foi irregular, não tendo sido devidamente justificado pelos responsáveis, conforme demonstrado pela unidade técnica ao afastar suas alegações de defesa, devendo-se imputar a eles, solidariamente, o débito correspondente, com multa.

21. Quanto à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar os dirigentes da

FUPES/VV, cabe salientar que se trata de medida excepcional, restrita às hipóteses de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil:

"Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

22. No caso em exame, o fundamento que autoriza a desconconsideração da personalidade jurídica da FUPES/VV reside nas várias evidências de fraude na celebração do Convênio nº 01/2002 e, ainda, na possível dificuldade de se recompor o erário apenas com o patrimônio pertencente àquela Fundação, uma vez que, em que pese a sua situação cadastral esteja formalmente ativa, seu patrimônio inicial, de R\$ 55.000,00, é insuficiente para saldar o débito.

23. Frise-se que a caracterização da fraude, no caso, decorreu, conforme demonstrado pela Secex-ES, dos indícios de prévio ajuste entre os administradores das instituições signatárias, a fim de burlar o procedimento licitatório, uma vez que o objeto pactuado demandaria a celebração de contrato precedido de licitação, e de realizar pagamentos irregulares a título de taxa de administração e de mark up, as quais, além de incompatíveis com a natureza do instrumento utilizado, não estavam previstas no termo de convênio, conforme já foi mencionado.

24. Nesse contexto, não sendo plausível entender que o direito reconheceria personalidade jurídica à fundação para que ela atuasse em contrariedade às normas legais, faz-se presente a hipótese de desvio de finalidade a que alude o art. 50 do Código Civil.

25. Ressalta-se, ainda, que esse instituto vem sendo utilizado por este Tribunal, nas hipóteses admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio, como meio de resguardar o erário a exemplo dos Acórdãos 29/2001-Plenário, 3135/2006-Segunda Câmara e 3858/2009-Primeira Câmara.

26. Assim, além dos dirigentes do SENAI/ES e da FUPES/VV, também devem ser responsabilizados os membros do Conselho de Curadores desta, cujas condutas contribuíram para a prática das irregularidades no âmbito do Convênio nº 01/2002. Por oportuno, transcrevo parte da instrução da Secex-ES, em que essas condutas ficaram claramente definidas:

"34. Registre-se, em princípio, que todos os responsáveis listados neste item integravam os Conselhos Diretor e Curador da FUPES/VV e que, nesta condição, possuíam também atribuições gerenciais, consoante estabelecido no estatuto daquela fundação. Note-se, por exemplo, que segundo o art. 16 do Estatuto Social da FUPES/VV (fl. 2274 do Volume 11 do Anexo 1), o Conselho Diretor é o órgão executivo e administrativo da FUPES/VV, sendo formado por 03 (três) membros escolhidos pelo Presidente do Conselho de Curadores.



35. Ainda de acordo com o sobredito estatuto (art. 19, alínea "f"), compete ao Conselho Diretor autorizar a assinatura de contratos, ajustes ou convênios e, ainda, apresentar anualmente ao Conselho de Curadores o balanço geral, o relatório e as contas da Diretoria para a necessária aprovação. Registre-se, ainda, que era da competência do Conselho Diretor administrar e superintender os trabalhos e bens da FUPES/VV (fl. 2275 do Volume 11 do Anexo 1).

36. Ao Conselho de Curadores competia, por exemplo, segundo o art. 13 do referido estatuto, zelar pela boa administração da FUPES/VV, além de aprovar o balanço das contas da fundação anualmente. Ora, o Convênio nº 001/2002 foi assinado em 03/10/2002, por um prazo de 24 (vinte e quatro) meses. No entanto, a auditoria solicitada pelo Sr. José Luiz Dantas da Silva, atual Diretor da FUPES/VV, ao Conselho de Curadores somente ocorreu em 01/12/2004, ou seja, após a expiração do prazo de vigência do ajuste, quando os respectivos pagamentos já ocorriam sem a cobertura de nenhum instrumento.

37. Não faz mal frisar que as contas da fundação deveriam, segundo disposição estatutária, ser aprovadas anualmente pelo Conselho de Curadores (art. 13). Assim sendo, considerando as datas de assinatura (03/10/2002) e da solicitação de auditoria (01/12/2004), pelo menos dois balanços de contas deveriam ter sido aprovados pelo referido conselho (exercícios de 2002 e 2003). Todavia, há que se ressaltar que o órgão que detinha a obrigação estatutária de apresentar as contas para aprovação era justamente o Conselho Diretor (art. 19), e não apenas o Diretor-Presidente da fundação, como aduziram os responsáveis.

38. Assim, não devem prosperar os argumentos expostos pelo patrono dos responsáveis de que "os defendentes não tiveram qualquer participação na execução do convênio", pois, segundo disposição estatutária, os mesmos também possuíam atribuições de ordem administrativa, o que justifica as responsabilidades que lhes são imputadas.

39. No exercício de sua competência estatutária, deveria o Conselho de Curadores, por exemplo, examinar a qualquer tempo os livros e papéis da fundação, solicitar informações sobre convênios, ou qualquer outro ajuste, celebrados ou em vias de celebração e quaisquer atos do Presidente e demais diretores da fundação. Nessa linha, verifica-se não apenas razoável como bastante esperado que aqueles que são competentes para zelar pela boa administração da fundação cumpram com o dever que o estatuto lhes atribuiu, pois, buscar conhecer as decisões dos diretores é o mínimo que se espera da atuação de conselheiros dessa natureza. [...] (Acórdão 2855/2010 – Plenário)

Especial destaque merece o Acórdão do TCU 2427/2011 – Plenário proferido na sessão do dia 14 de setembro de 2011, visto que demonstra a atualidade da discussão do tema objeto desse estudo.

O presente acórdão manifesta-se sobre um recurso de reconsideração impetrado em face da decisão proferida no Acórdão 2855/2010 – Plenário, anteriormente citado, que, apesar do provimento parcial, não reformou a decisão no que concerne ao dispositivo que aplicou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, caracterizada na responsabilização solidária dos dirigentes e dos membros da fundação. A peça recursal assentiu sobre dois pontos acerca desse tema: (i) manifestação do MP/TCU contrária a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica; e (ii) inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em desfavor dos recorrentes. Em que pese os argumentos aludidos, o recurso não foi provido nesses pontos.

SUMÁRIO: RECURSO DE REVISÃO. REABERTURA DAS CONTAS JULGADAS REGULARES COM RESSALVA. PAGAMENTO IRREGULAR DE TAXAS DE ADMINISTRAÇÃO E DE MARK UP NO ÂMBITO DO CONVÊNIO 1/2002. CONTRATAÇÕES SEM PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. EFETIVAÇÃO DE PAGAMENTOS SEM COBERTURA CONTRATUAL E POR SERVIÇOS NÃO PRESTADOS. REVELIA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES COM DÉBITO E MULTA. ACÓRDÃO 2.855/2010-P. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. ACÓRDÃO 655/2011-P. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. RELATÓRIO DO MINISTRO RELATOR:

[...]

Argumentos

37. Alegam que o recurso restou prejudicado após a manifestação final do Ministério Público/TCU, que entendeu não ser o caso de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em face dos membros do Conselho de Curadores da FUPES/VV, eis que, se o próprio autor do recurso de revisão se manifesta contrariamente à condenação, o recurso não poderia ser provido nessa extensão.

38. Ademais, de acordo com posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, inclusive precedentes desta Corte, não caberia a desconsideração da personalidade jurídica de entidades sem fins lucrativos, como no caso da FUPES/VV.

Análise

39. Novamente cabe esclarecer que o Tribunal não está vinculado ao que o autor do recurso de revisão requereu inicialmente, nem tampouco ao que manifesta posteriormente. Certo que o pronunciamento do Ministério Público/TCU enriquece sobremaneira as discussões desta Corte de Contas, não lhe é dado poder decisório, podendo o relator ou os colegiados do Tribunal acatar ou não tais pronunciamentos.

40. Sobre a questão se posicionou este Tribunal nos autos do TC 015.034/2006-4 por meio do Acórdão 1.171/2001-TCU-1ª Câmara, ao julgar as contas do SENAI/ES relativas ao exercício de 2005, envolvendo os próprios recorrentes, conforme seguinte talhe da Proposta de Deliberação do Exmo. Sr. Auditor Marcos Bemquerer Costa:

18. Quanto à aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar os dirigentes da Fupes/VV, cabe salientar que se trata de medida excepcional, restrita às hipóteses de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil. Nesse sentido, já me manifestei ao relatar o TC 017.031/2004-5, no qual consignei:

"11. No ordenamento jurídico pátrio, as possibilidades de desconconsideração da pessoa jurídica estão previstas no art. 50 do Código Civil:

"Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

12. Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam que, quando ocorre o desvio de finalidade, a sociedade passa a perseguir fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei, sendo que no caso de confusão patrimonial, não se pode identificar a separação entre o patrimônio da sociedade e do sócio ou do administrador (Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005. 6ª Edição. Pág. 256). (...).

19. No caso em exame, o fundamento que autoriza a desconconsideração da personalidade jurídica da Fupes/VV reside nas evidências de fraude na celebração do Convênio n. 1/2002 e, ainda, na possível dificuldade de se recompor o erário apenas com o patrimônio pertencente àquela Fundação, uma vez que, conforme consignado no Relatório precedente, em que pese a sua situação cadastral esteja formalmente ativa, seu patrimônio inicial, de R\$ 55.000,00 (fl. 48, Anexo 2), é insuficiente para saldar o débito.

20. Frise-se que a caracterização da fraude, no caso, decorreu, conforme demonstrado pela Secex/ES às fls. 506/511, dos indícios de prévio ajuste entre os administradores das instituições signatárias, a fim de burlar o procedimento licitatório, uma vez que objeto pactuado demandaria a celebração de contrato precedido de licitação, e de realizar pagamentos irregulares a título de taxa de administração e de mark-up, as quais, além de incompatíveis com a natureza do instrumento utilizado, não estavam previstas no termo de convênio.

21. Nesse contexto, não sendo plausível entender que o Direito reconheceria personalidade jurídica à fundação para que ela atuasse em contrariedade às normas legais, faz-se presente a hipótese de desvio de finalidade a que alude o art. 50 do Código Civil.

22. Assim, além do ex-Diretor Regional do Senai/ES e da Fupes/VV, devem ser responsabilizados também os membros do Conselho de Curadores e do Conselho Diretor desta última, cujas condutas contribuíram para a prática das irregularidades no âmbito do Convênio n. 01/2002, conforme evidenciado nos itens 2.112 a 2.148 da instrução de fls. 487/534, transcritos no Relatório precedente.

23. Ressalta-se, ainda, que esse instituto vem sendo utilizado por este Tribunal, nas hipóteses admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio, como meio de resguardar o erário, a exemplo dos Acórdãos ns. 29/2001 - Plenário, 3.135/2006 - 2ª Câmara e 3.858/2009 - 1ª Câmara."

41. No que diz respeito aos precedentes do Poder Judiciário, cabe esclarecer que o TCU tem competências constitucionais próprias e privativas, não estando subordinado a posicionamentos judiciais em processos que não seja parte ou que não tenham efeitos erga omnes.

42. Em relação aos precedentes deste Tribunal citados pelos recorrentes, tais julgados não lhes aproveitam. O fato de não se verificar dentre os julgados citados um que tenha aplicado a teoria a entidades sem fins lucrativos, não significa dizer que há vedação à citada aplicação, de modo que não merece prosperar o alegado.

#### Argumentos

43. Por fim cabe registrar que os responsáveis juntaram, tempestivamente, os novos elementos de fls. 28-47, deste, requerendo que o recurso interposto nos presentes autos seja apreciado na mesma sessão em que for pautado o recurso contra a decisão adotada no TC 009.831/2004-4, de modo a se evitar decisões contraditórias, e requerem que o advogado que os representa seja informado da data de julgamento, para que apresente memoriais e faça sustentação oral.

44. Ademais, juntam aos presentes autos os documentos de fls. 33 e 34, deste, dando conta de que as Sras. Lenora Dantas da Silva Vescovi e Adriana Dantas da Silva Siviero foram nomeadas para comporem o Conselho Diretor da FUPES/VV no período de 18/11/1999 a 17/11/2002, e que não há nos presentes autos qualquer prova de que as mesmas foram reconduzidas aos cargos, motivo pelo qual não seriam responsáveis pelas irregularidades apuradas por esta Corte.

#### Análise

45. Quanto ao pedido de sustentação oral cabe informar que o pedido será analisado pelas instâncias responsáveis, constando alerta no preâmbulo da presente instrução conforme orientação emitida pela Secretaria-Geral de Controle Externo.

46. Em relação ao pedido para que sejam os presentes autos apreciados na mesma sessão do TC 009.831/2004-4, cabe informar que os recursos impetrados em face do Acórdão adotado naquele processo não foram, até o momento, objeto de sorteio, motivo pelo qual não se sabe quem os relatará. Não obstante, tal pedido deverá ser feito diretamente ao Gabinete dos relatores para possível acatamento voluntário, haja vista que não há qualquer normativo que

possibilite aos recorrentes escolher melhor data para o julgamento dos processos em que figurem como responsáveis.

47. Por fim, quanto à afirmação de que não há prova nos presentes autos de que as Sras. Lenora Dantas da Silva Vescovi e Adriana Dantas da Silva Siviero tivessem sido reconduzidas aos cargos que ocupavam no Conselho Diretor da FUPES/VV, o advogado, ao redigir a peça recursal, instou esta Corte a compulsar os 22 volumes que compõe o processo sem ao menos ter a franqueza de argumentar que, de fato, as recorrentes não foram reconduzidas aos cargos. Contudo, o representante apresentou memorial afirmando que de fato as citadas recorrentes não ocuparam os cargos que motivaram a condenação por parte desta Corte.

48. De fato não há nos presentes autos qualquer documento que possa imputar responsabilidade às recorrentes pelo débito apurado, tampouco nos autos do TC 012.100/2005-0, que trata da prestação de contas do SENAI/ES relativas ao exercício de 2004, em que a irregularidade envolvendo a FUPES/VV foi apurada inicialmente.

49. Nesse sentido, milita ainda em favor das recorrentes o fato de os mandatos que ocuparam no período de 18/11/1999 a 17/11/2002, findo antes de realizado o primeiro pagamento à FUPES/VV, ocorrido em 25/11/2002, conforme subitem 9.8 do acórdão atacado, ser de três anos, nos termos do art. 16 do Estatuto da Fundação (fl. 41, anexo 5), e estar acostado às fls. 48-50 do presente anexo documento assinado por outra pessoa em data englobada no triênio imediatamente subsequente ao que a Sra. Adriana Dantas da Silva Siviero era responsável pela administração da Fundação.

50. Não obstante possa se cogitar que o mandato poderia ter sido parcialmente cumprido pelas recorrentes, como dito, trata-se de indício de que não foram reconduzidas aos cargos, o que, somando ao fato de não haver qualquer prova da recondução acostada aos presentes autos, serve de fundamento para a alteração do decisum guerreado para que se exclua a responsabilidade das Sras. Lenora Dantas da Silva Vescovi e Adriana Dantas da Silva Siviero pelo ressarcimento ao Erário.

51. Entretanto, verificado que não devem responder pelo débito, não significa dizer que não devam ser responsabilizadas pela assinatura do Convênio 01/2002, ponto fulcral para todas as irregularidades apuradas, haja vista que foi assinado em 3/10/2002, período em que ocupavam cargos no Conselho Diretor da Fundação (fls. 33-34 deste) e, conforme previsto no art. 19, alínea f, do Estatuto, compete ao Conselho Diretor, órgão no qual ocupavam postos, autorizar a assinatura de contratos, ajustes ou convênios.

52. Ademais, assim se manifestou o Relator a quo em seu voto:

23. Frise-se que a caracterização da fraude, no caso, decorreu, conforme demonstrado pela Secex-ES, dos indícios de prévio ajuste entre os administradores das instituições signatárias, a fim de burlar o procedimento licitatório, uma vez que o objeto pactuado demandaria a celebração de contrato precedido de licitação, e de realizar pagamentos irregulares a título de taxa de administração e de mark up, as quais, além de incompatíveis com a natureza do

instrumento utilizado, não estavam previstas no termo de convênio, conforme já foi mencionado.

53. Destarte, deve ser mantida a multa aplicada às citadas recorrentes no item 9.10 do Acórdão vergastado alterando-se, apenas, seu fundamento, que deixará de ser o art. 57 da Lei 8.443/1992, para ser o art. 58, inciso II, do mesmo diploma legal.

#### CONCLUSÃO

54. Tendo em vista que apenas as Sras. Lenora Dantas da Silva Vescovi e Adriana Dantas da Silva Siviero lograram apresentar argumentos capazes de lhes aproveitar, não havendo qualquer outro que possa aproveitar os demais recorrentes, deve ser dado provimento parcial ao recurso impetrado tão somente para se excluir a responsabilidade das citadas recorrentes pelo ressarcimento ao erário.

[...]

#### VOTO DO MINISTRO RELATOR:

[...]

Não obstante o que foi ventilado pelo MP/TCU em sua peça inicial, o recurso de revisão tem natureza devolutiva plena e, portanto, não vincula o TCU à matéria constante da peça recursal, mas, reabertas as contas, permite a discussão de toda e qualquer matéria que envolva a gestão em apreço, a teor do art. 35, parágrafo único, da Lei 8.443/92, c/c art. 288 e §§ do RI/TCU.

Ademais, o Tribunal não está vinculado ao que o autor do recurso de revisão requereu inicialmente, nem tampouco ao que manifesta posteriormente. Ainda que o pronunciamento do MP/TCU enriqueça sobremaneira as discussões desta Corte, não lhe é dado poder decisório, podendo o Relator ou os Colegiados do Tribunal acatar ou não tais pronunciamentos.

Quanto ao cabimento da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica em desfavor dos recorrentes, transcrevo excerto do voto condutor do Acórdão 2.855/2010 - TCU - Plenário, ora recorrido, com o qual manifesto minha inteira concordância:

"22. No caso em exame, o fundamento que autoriza a desconconsideração da personalidade jurídica da FUPES/VV reside nas várias evidências de fraude na celebração do Convênio nº 01/2002 e, ainda, na possível dificuldade de se recompor o erário apenas com o patrimônio pertencente àquela Fundação, uma vez que, em que pese a sua situação cadastral esteja formalmente ativa, seu patrimônio inicial, de R\$ 55.000,00, é insuficiente para saldar o débito.

23. Frise-se que a caracterização da fraude, no caso, decorreu, conforme demonstrado pela Secex-ES, dos indícios de prévio ajuste entre os administradores das instituições signatárias, a fim de burlar o procedimento licitatório, uma vez que o objeto pactuado demandaria a celebração de contrato precedido de licitação, e de realizar pagamentos irregulares a título de taxa de administração e de mark up, as quais, além de incompatíveis com a natureza do instrumento utilizado, não estavam previstas no termo de convênio, conforme já foi mencionado.

24. Nesse contexto, não sendo plausível entender que o direito reconheceria personalidade jurídica à fundação para que ela atuasse

em contrariedade às normas legais, faz-se presente a hipótese de desvio de finalidade a que alude o art. 50 do Código Civil.

25. Ressalta-se, ainda, que esse instituto vem sendo utilizado por este Tribunal, nas hipóteses admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio, como meio de resguardar o erário a exemplo dos Acórdãos 29/2001-Plenário, 3135/2006-Segunda Câmara e 3858/2009-Primeira Câmara."

Enfim, no tocante à responsabilidade das Sras. Adriana Dantas da Silva Siviero e Lenora Dantas da Silva Vescovi, forçoso reconhecer que os elementos constantes dos autos indicam que seus mandatos foram exercidos no período de 18/11/1999 a 17/11/2002, sem evidências de que tenham sido reconduzidas aos cargos após essa data.

Considerando que o pagamento de taxas de administração e de mark up não estava previsto no termo do convênio (sumário e parágrafo 17 do voto condutor do Acórdão 2.855/2010 - TCU - Plenário), deve-se excluir suas responsabilidades pelo ressarcimento ao erário.

Todavia, entendo que elas devam ser responsabilizadas pela assinatura do convênio 1/2002, ponto fulcral para todas as irregularidades apuradas neste processo, haja vista que foi assinado em 3/10/2002, período em que ocupavam cargos no Conselho Diretor da Fupes/VV e, conforme previsto no art. 19, alínea "f", do Estatuto da Fundação, compete ao referido Conselho "autorizar contratos, ajustes ou convênios". Eis os vícios do convênio 1/2002 descritos pelo Relator do Acórdão 2.855/2010 - TCU - Plenário:

"14. O Convênio nº 01/2002 foi firmado entre o SENAI/ES e a FUPES/VV com vistas à realização de processo seletivo de profissionais e ao fornecimento de recursos humanos e de meios técnico-operacionais para o SENAI/ES.

15. Somente a definição do objeto pactuado indica a irregularidade do ajuste, pois é incompatível com o instrumento utilizado, uma vez que, conforme amplamente demonstrado pela unidade técnica, não possui caráter de mútua cooperação nem evidencia coincidência de interesses entre as partes, inerentes à natureza de convênio.

16. Desse modo, o fornecimento dos serviços em questão deveria ter sido obtido mediante contrato precedido do devido procedimento licitatório, o que não ocorreu. (...)

18. Outro ponto que torna mais evidente a ausência de interesses recíprocos entre as partes, bem como o intuito da FUPES/VV de auferir vantagens econômicas, é o fato de estar previsto no ajuste que todos os encargos sociais, tributários e trabalhistas decorrentes de sua execução seriam suportados pelo SENAI/ES."

Destarte, deve ser mantida a multa aplicada às citadas recorrentes, alterando-se, apenas, seu fundamento legal, que deixará de ser o art. 57 da Lei 8.443/92, para ser o art. 58, inciso II, do mesmo diploma.

[...] (Acórdão 2427/2011 – Plenário)

Os exemplos elencados evidenciam uma tendência jurisprudencial para a viabilidade a aplicação da teoria de desconsideração da personalidade jurídica na

sarea do direito administrativo. Tal construção jurisprudencial vem de encontro a uma necessidade do atual contexto social de dar efetividade as sanções aplicadas às pessoas jurídicas contratadas pelo poder público, que, de algum modo, causaram prejuízos ao Erário.

Ademais, em que pese as discrepâncias, ausências legislativas e a falta de consenso doutrinário, a complexidade da atual sociedade não compactua com uma inércia estatal diante de flagrante violação às normas legais sob o fundamento de que inexistente previsão normativa específica para combater tal contrariedade.

Num Estado Democrático de Direito, em que a referência do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, cujos princípios são dotados de eficácia plena, associado aos preceitos do neoconstitucionalismo, me parece constituírem ferramentas relevantes, adequadas e suficientes para sanar lacunas legislativas, de modo a dar concretude aos dispositivos constitucionalmente protegidos, mais especificamente ao interesse público, objetivo último da atuação da Administração Pública.



#### 4. INOVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Partindo da premissa de que é admissível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nas sanções administrativas como mecanismo de concretização da finalidade da norma sancionadora, sob o fundamento jurídico do Princípio da Juridicidade, decorrente da concepção moderna do Princípio da Legalidade, resta demonstrar inovações trazidas pelas legislações estaduais sobre licitações que defendem esse pensamento jurídico, e que corroboram com as tendências jurisprudenciais que seguem essa corrente.

Ricardo Watanabe e Otavio Dias Pereira Junior mencionam em seus trabalhos a Lei Estadual nº 9.433/2005 do Estado da Bahia como precursora na inovação trazida aos procedimentos licitatórios. Senão vejamos:

A Lei Estadual nº 9.433/2005 do Estado da Bahia representa verdadeira inovação no âmbito dos procedimentos licitatórios. Além de impor a inversão de procedimentos, com a abertura dos envelopes de preço antes dos relativos à qualificação técnica, prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para evitar que os sócios de uma empresa suspensa por irregularidades em licitações possam constituir outra que possa participar de certames. (WATANABE, 2006)

Destaca-se neste particular, a inovação trazida pela Lei de Licitações do Estado da Bahia (Lei 9433/2005), que tornou eficaz a punição de fornecedores que cometem irregularidades, desconsiderando a pessoa jurídica, objetivando que, aquele empresário cuja empresa foi punida com a suspensão devido a irregularidades constatadas em licitações, não volte a contratar com a administração pública, até que ocorra o término do prazo de suspensão da empresa.

É inédita a desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica nas hipótese de fraude na criação de novas entidades empresariais. O objetivo da medida é evitar que a empresa suspensa devido a irregularidades no fornecimento de bens ou serviços ao setor público, volte a participar de procedimentos licitatórios em verdadeiro abuso de direito. (PEREIRA JUNIO, 2006)

A inovação trazida pela Lei de Licitações do Estado da Bahia nº 9.433/2005 está prevista em seu art. 200:

Art. 200 – Fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido

penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida.

Seguindo essa tendência, além da inovação da Lei de Licitações do Estado da Bahia, por meio do seu artigo 200, o Estado do Paraná também adotou esse posicionamento, conforme citado por Guilherme Mussi:

Essa tendência jurisprudencial foi acolhida pelas recentes legislações estaduais que tratam de licitações. O Estado precursor neste assunto foi à Bahia por meio do artigo 200 da Lei Estadual n.º 9.433/2005. O Estado do Paraná também adota essa sistemática no artigo 158 de sua recente Lei de Licitações (Lei Estadual n.º 15.608/2007). Todavia, ainda não se sabe da existência de previsão normativa a este respeito no âmbito federal. (MUSSI, 2008)

Dispõe o artigo 158 da Lei Estadual nº 15.608/2007:

Art. 158. Estendem-se os efeitos da penalidade de suspensão do direito de contratar com a Administração ou da declaração de inidoneidade:

I - às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica, as quais permanecem impedidas de licitar com a Administração Pública enquanto perdurarem as causas da penalidade, independentemente de nova pessoa jurídica que vierem a constituir ou de outra em que figurarem como sócios;

II – as pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inciso anterior.

No que diz respeito à lei estadual baiana, Flávia Albertin de Moraes comenta que a incidência da desconsideração da personalidade jurídica é sob a forma de extensão de uma sanção imposta a uma pessoa jurídica a outra sociedade, mas essa hipótese restringir-se-á apenas aos casos de sócios comuns e semelhança entre os objetivos sociais de ambas as sociedades.

Em que pese as inovações trazidas pelo ordenamento jurídico estadual, questiona-se sobre a viabilidade de tais previsões legislativas estaduais diante da insuficiência de tratamento normativo federal no que concerne às sanções administrativas nas licitações – artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993<sup>14</sup>.

<sup>1</sup> <sup>4</sup> “Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

A Lei nº 8.666/1993 cumpre o papel de definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, ou seja, estabelece os princípios, as diretrizes e os fundamentos das licitações públicas, de observância obrigatória por todos os entes da Federação (AMORIM, 2011, p. 77).

Com efeito, os Estados e Municípios poderão inovar naqueles aspectos específicos dos procedimentos licitatórios, desde que não haja infração direta ou indireta a preceito básico contido na Lei nº 8.666/1993, especialmente no tocante aos princípios estabelecidos no art. 3º. (AMORIM, 2011, p. 76)

Entretanto, por tratar-se de norma específica, há que se ponderar que a regulamentação do *iter* procedimental das licitações poderá ser disciplinada por lei

---

§2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.”

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.”

“Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.”

estadual ou municipal conforme as peculiaridades de cada ente (AMORIM, 2011, p. 77).

Portanto, a regulamentação das condições de participação no certame e demais nuances relativas ao procedimento licitatório poderão constituir objeto de normatização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que respeitadas as normas gerais fixadas por lei da União e o limites traçados quanto ao número essencial dos princípios inerentes à atividade licitatória.

[...], permitido aos demais entes legislar sobre normas específicas, de acordo com as suas particularidades. Logo, apenas as normas gerais são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante.

[...]

Consoante a doutrina especializada e a jurisprudência do STF, o que desbordar da Lei nº 8.666/1993 em caráter de 'norma geral' será de aplicação específica para a Administração Pública Federal. Logo, as normas de caráter específico contidas na Lei nº 8.666/1993 são aplicáveis apenas à própria União, não vinculando os Estados e os Municípios que poderão dispor em contrário em suas respectivas legislações. (AMORIM, 2011, p. 82-83)

Em consonância com os questionamentos trazidos no presente trabalho, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.709 de 2007 que propõe alterações na Lei de Licitações e Contratos nº 8.666/1993.

[...]. No projeto em análise, há previsão de se proibir a contratação com a administração pública de pessoa jurídica cujo proprietário ou diretor, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos nos termos da Lei nº 8.666, de 1993. Busca-se coibir a formação de nova pessoa jurídica, oriunda de pessoa jurídica já impedida de contratar com o poder público. (MORAES, 2009)

Salutar a intenção do legislador de prever o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no projeto de lei de alteração da Lei de Licitações e Contratos. Entretanto, a meu ver, maior atenção deveria ser despendida no tratamento do tema. Da forma como está sendo proposta terá aplicabilidade demasiadamente restrita e consequências superficiais, uma vez que a previsão do instituto restringe-se às penalidades mais gravosas prevista no capítulo das sanções administrativas da Lei n. 8.666/1993, olvidando-se de dar um tratamento diferenciado, e mais rigoroso, aos descumprimentos contratuais, embora menos

gravosos, recorrentes e que representam o grande volume de demanda dos processos administrativos sancionadores.

O referido projeto de lei propõe a inclusão de um sexto inciso e um parágrafo único no art. 28<sup>15</sup> da Lei n. 8.666/1993. Neste sexto inciso há a previsão de uma exigência para habilitação dos interessados nas licitações, que consiste na “declaração do licitante de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 desta Lei<sup>15</sup>, bem como dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas, nos termos do § 4º do mesmo artigo” (PL nº 7.709/2007). Observa-se que o legislador restringiu a sua preocupação apenas às sanções administrativas mais gravosas. Entretanto, entendo que empresas com histórico reiterado de sanções menos gravosas – advertência e multa, oriundas de um mesmo órgão ou decorrentes de diversas contratações com o Poder Público, inclusive nas diferentes esferas de governo, deveriam merecer o mesmo tratamento como condicionante para habilitar-se nos certames licitatórios.

Ora, me parece plausível que: (i) a reincidência em penalidades mais brandas constitua em fundamento para eventual aplicação de uma sanção mais gravosa; (ii) sob essa mesma ótica, a reincidência em penalidades mais brandas

---

<sup>15</sup> “Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.”

<sup>1</sup> <sup>5</sup> “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

[...]

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

[...].”

deveria caracterizar em óbice à participação de futuras licitações, pois a suposta interessada demonstrou ser inidônea para contratar com o Poder Público.

A não observância do inciso VI ensejaria hipótese de aplicação da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93. É a proposta do art. 43, §10, do PL nº 7.709/2007, pois esse parágrafo imputa a referida penalidade ao licitante vencedor que não preencha os requisitos de habilitação necessários à sua contratação.

Assim como o inciso VI, o parágrafo único, também do art. 43 do PL nº 7.709/2007, estabelece como impedimento para licitar e contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos diretores, gerentes ou representantes, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tiverem sido punidos com as penalidades mais gravosas supramencionadas, descritas no art. 87, III e IV, da Lei 8.666/1993.

O mencionado parágrafo comporta a hipótese de extensão da sanção aplicada a pessoa jurídica às pessoas físicas que compunham a empresa – sócios, diretores, gerentes. Esse desdobramento evidencia a preocupação do legislador em dificultar o surgimento de nova pessoa jurídica, cuja composição tenha pessoas físicas que fizeram parte de outra empresa já penalizada com uma das sanções acima, com intuito de burlar a lei e permanecer concorrendo aos certames licitatórios sem que houvesse óbice legal à contratação, atuando em flagrante desvio de finalidade, ao abusar da proteção legal inerente às pessoas jurídicas.

O último ponto contemplado pelo projeto de lei em questão, que diz respeito ao objeto desse estudo, reside no acréscimo do § 4º ao art. 87 da Lei de Licitações, que prevê a possibilidade de aplicação das sanções descritas no art. 87, incisos III e IV, aos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado contratadas, que cometerem excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, contrato social ou estatutos, e, até mesmo, a dissolução irregular da sociedade. Daí decorrendo considerar a hipótese de penalização apenas da pessoa física que pratica atos em detrimento da sociedade empresária.

Sem a pretensão de exaurir a temática abordada, vislumbro outro desdobramento decorrente da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive já mencionado em comentário da jurisprudência do TCU, referente ao Acórdão 3135/2006 – Segunda Câmara, e que volto a reafirmar nesse capítulo, caracterizado na citação pessoal das pessoas físicas que compunham a empresa quando do encerramento das suas atividades, principalmente quando não efetuada a devida atualização do registro do cadastro da pessoa jurídica.

Ao cogitar a possibilidade de citação pessoal das pessoas físicas que compunham a empresa privilegia o princípio da economicidade, haja vista que o procedimento de citação por edital é oneroso para o Estado. A alusão ora feita não viola a presunção de inocência, uma vez que a conduta de efetuar os atos processuais em nome das pessoas físicas supostamente envolvidas não importa em presunção de culpabilidade por qualquer responsabilidade por ventura apurada nos autos. Ademais, cabe frisar, ainda, que a adoção dessa providência, como um dos efeitos decorrente da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, repercute na efetiva concretização de dois outros princípios constitucionais, consubstanciado nos Princípios da Eficiência e da Celeridade Processual, sobrepujando as condutas ilícitas, fraudulentas e abusivas que teriam o fito de burlar às normas legais e regulamentares que regem os contratos públicos. Com efeito, toda essa articulação jurídica torna factível a proteção da Moralidade Administrativa e do Interesse Público.

[...] a aplicabilidade dos princípios em qualquer microsistema do Direito se mostra de extrema eficácia, pois é baseado neles que o Estado estrutura todo o seu corpo legislativo. Importante salientar ainda que os princípios constitucionais e específicos do Direito protegem a unidade do ordenamento jurídico, uma vez que, em caso de conflito de normas, eles serão utilizados na interpretação legal. Após a EC nº 19/98, o princípio da eficiência passou a orientar o Direito Administrativo como um dos princípios constitucionais que o regem, acompanhado ainda dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. (MOURA; VALE, 2011, p. 12)

A ausência de regra específica no arcabouço jurídico brasileiro sobre a incidência da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no direito administração não é impedimento para sua utilização, uma vez que, como instituto pertencente à teoria geral do direito, a sua aplicação é irrestrita. (MORAES, 2009)

De todo o exposto, percebe-se a viabilidade de incorporação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica nas legislações estaduais, uma vez que, conforme Guilherme Mussi, consiste em mero mecanismo de concretização da finalidade da norma sancionadora, e não de uma sanção em si. E, por isso, não ofende o ordenamento jurídico.



## CONCLUSÃO

Diante desse estudo, demonstra-se que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações é um instrumento do direito viável para dar efetividade às sanções administrativas.

Entretanto, o primeiro óbice natural a tal utilização reside na ausência de previsão normativa na Lei Geral de Licitações e Contratos administrativos, o que, de plano, violaria o princípio da legalidade estrita.

Porém, também é fato de que o princípio da legalidade estrita não comporta a complexidade da realidade social, e, nesse sentido, como solução desse impasse, surgiu a concepção moderna do princípio da legalidade, que entende que “a validade do comportamento dos agentes públicos não advém apenas da lei em sentido formal. Ela decorre de todo o ordenamento jurídico, incluindo-se, aí, os princípios próprios a este ramo do Direito [...]” (Mussi, 2007). Também denominado de princípio da juridicidade.

Ao adotar o princípio da juridicidade, conclui-se pela viabilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas sanções administrativas, haja vista que o reconhecimento desse instituto em sede administrativa não resulta numa sanção autônoma, mas sim de um mecanismo que proporcionará concretude a finalidade de uma norma sancionadora.

Assim também entende Flávia Albertin de Moraes, ao afirmar que a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto pertencente à teoria geral do direito, portanto, sua aplicação é irrestrita. E, por isso, não haveria impedimento de incidência no direito administrativo.

Nesse sentido, é unânime o entendimento da necessidade de instauração um processo administrativo de modo a observar as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, decorrente do Estado Democrático de Direito, e, por conseguinte, assegurar a aplicação correta da lei. Mas tal posicionamento não decorre da possibilidade de incidência da desconsideração da personalidade sobre a sociedade empresária, mas sim se justifica pela ocorrência de um descumprimento contratual que deve ser apurado,

tendo em vista que poderá resultar na imposição de uma sanção ao contratado. Logo, o rigor processual tem a finalidade de busca da verdade, assegurar aplicação correta da lei, ao disciplinar e regular a atuação do administrador público, o que conferirá legitimidade na sua decisão, além de proteger o administrado de possíveis abusos por parte da Administração.

Em vista disso, entendo pertinente a aplicação da teoria sob comento no campo do direito administrativo, como instrumento a dar efetividade às sanções administrativas impostas, e, por conseguinte, favorecendo a concretude do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Competência Legislativa em Matéria de Licitação: Contribuições para Resolução de Conflitos entre os Entes Federados. *Revista Síntese Direito Administrativo*, São Paulo, ano VI, n. 62, p. 67-83, fev. 2011.

BADDINI, Marcelo; BADDINI JUNIOR, Álvaro. Desconsideração da Pessoa Jurídica nas Licitações. *Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (OABSP)*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-administrativo/artigos>>. Acesso em: 14 set. 2010.

BAHIA. *Lei nº 9.433, de 1º de março de 2005*. Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências. Bahia, 2005. Disponível em: <<http://www.feiradesantana.ba.gov.br/leispdf/LeiEstadual9433.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2011.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de abril de 1943)*. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Brasília, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. *Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966)*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 09 de setembro de 1990)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. *Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993)*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)*. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei nº 7.709/2007. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, e dá outras providências. Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339877>>. Acesso em: 27 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Licitação. Sanção de Inidoneidade para Licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma. Desconsideração da Personalidade Jurídica na Esfera Administrativa. Possibilidade. Princípio da Moralidade Administrativa e da Indisponibilidade dos Interesses Públicos. - A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. - A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento. Processo n. 15.166 - BA (2002/0094265-7). T2 - Segunda Turma. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 07 de agosto de 2003. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=@docn=%27000188964%27>>. Acesso em: 08 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança. Desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária. Sócios alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal. - A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. - O sócio alcançado pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária torna-se parte no processo e assim está legitimado a interpor, perante o Juízo de origem, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. ROMS 16274/SP. 3ª T. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Civil. Locação. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Confusão Patrimonial. Cabimento. Súmula 7/STJ. Divergência Jurisprudencial. Cotejo Analítico. Falta. Similitude Fática. Falta. I - A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma, podendo ser concedida incidentalmente no próprio processo de execução desde que verificados os pressupostos de sua incidência. Precedentes. (...). AgRg no REsp 798095 / SP. T5 - Quinta Turma. Relator: Min. Feliz Fischer. Brasília, 06 de junho de 2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&processo=798095&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&processo=798095&b=ACOR)>. Acesso em: 09. Set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo Civil – Recurso Especial em Autos de Agravo de Instrumento – Retenção Legal - Afastamento – Deficiência na Fundamentação e Falta de Prequestionamento - Súmulas 284 e 356 do STF – Processo Executivo – Pedido de Desconsideração da Personalidade Jurídica da Empresa-Executada - Possibilidade – Dispensável o Ajuizamento de Ação Autônoma. 1 - Caracterizada está a excepcionalidade da situação de molde a afastar o regime de retenção previsto no art. 542, § 3º, do CPC, haja vista tratar-se de recurso especial proveniente de decisão interlocutória proferida no curso de execução de título extrajudicial (REsp nº 521.049/SP, de minha relatoria, DJ de 3.10.2005; REsp nº 598.111/AM, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 21.6.2004). 2 - Se a parte recorrente não explica de que forma o acórdão recorrido teria violado determinado dispositivo, deficiente está o recurso em sua fundamentação, neste

aspecto (Súmula 284/STF). 3 - Não enseja interposição de recurso especial matérias não ventiladas no julgado impugnado (Súmula 356/STF). 4 - Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma (RMS nº 16.274/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 2.8.2004; AgRg no REsp nº 798.095/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 1.8.2006; REsp nº 767.021/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 12.9.2005). 5 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar a análise do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa-executada no curso do processo executivo." REsp 331478 / RJ. T4 - Quarta Turma. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília: 24 de outubro de 2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20061024+e+%40DTDE+%3C%3D+20061024&livre=%28%28%22JORGE+SCARTEZZINI%22%29.min.%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&processo=331478&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20061024+e+%40DTDE+%3C%3D+20061024&livre=%28%28%22JORGE+SCARTEZZINI%22%29.min.%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&processo=331478&b=ACOR)>. Acesso em: 09 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão n. 29/2001 – Plenário (400.071/1995-9) Relator: Ministro José Antônio B. de Macedo. 07 mar. 2001. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão n. 189/2001 – Plenário (675.295/1994-7) Relator: Ministro Guilherme Palmeira. 08 ago. 2001. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 08 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão n. 3135/2006 – Segunda Câmara (004.563/2004-9) Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 31 out. 2006. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão n. 3858/2009 – Primeira Câmara (017.776/2002-9) Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. 21 jul. 2009. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=4>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Recurso de Revisão. Acórdão n. 2855/2010 – Plenário (011.368/2003-6) Relator: Ministro Valmir Campelo. 27 out. 2010. Disponível em:

<<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=5&doc=2&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Recurso de Reconsideração. Acórdão n. 2427/2011 – Plenário (011.368/2003-6) Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 14 set. 2011. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=6>>. Acesso em: 29 set. 2011.

BOHLER, Marco André. Desconsideração da personalidade jurídica por ato administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1134, 9 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8773>>. Acesso em: 14 set. 2010.

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. A importância do processo administrativo no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 201-218, out./dez. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 824p.

GARCIA, Gabriela Helou. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, ISSN 1808-4435, Vol. 102 (2008). Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/455>>. Acesso em: 14 set. 2010.

GAZE, Júlia Torres. A desconsideração da personalidade jurídica: uma análise do Projeto de Lei nº. 2426/03. *BuscaLegis UFSC*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32126>>. Acesso em: 14 set. 2010.

LOVATO, Luiz Gustavo. Da personalidade jurídica e sua desconsideração. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 858, 8 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7522>>. Acesso em: 14 set. 2010.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2008. 432p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 872p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo. Execução – Desconsideração da Personalidade Jurídica – Possibilidade – Desnecessidade de Prévia Instalação de Processo de Conhecimento – Sócio - Citação. 1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada pode ser decretada nos autos da própria ação de execução, independentemente de processo de conhecimento autônomo. 2. Só depois de decretada a desconsideração da personalidade jurídica é que se faz necessária a expedição de mandado de citação, dirigido aos sócios que venham a ser incluídos no pólo passivo. Agravo N° 1.0024.07.763195-0/001. Turma da 18ª Câmara Cível do TJMG. Agravante: Yvone Nacur e outro(a)(s). Agravado(a)(s): DBR Turismo Ltda., Beatriz ortugal Goes, Ronaldo Caiafa Rachid, Tony Marley Santos. Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Gomes. Belo Horizonte, 03 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt\\_processo=763195&complemento=1](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=763195&complemento=1)>. Acesso em: 09 set. 2010.

MORAES, Flavia Albertin de. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 45-65, set./dez. 2009.

MOURA, Cid Capobiango Soares de; VALE, Paulo Henrique Santiago. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na administração pública. *L & C Revista de Administração Pública e Política*, Brasília, ano XIV, n. 153, p. 12-16, mar. 2011.

MUSSI, Guilherme. A desconsideração da personalidade jurídica em licitações. *Colunas / Panorama Jurídico – ParanáOnline*. Disponível em: <<http://www.paranaonline.com.br/colunistas/237/51409/?postagem=A+DESCONSIDERACAO+DA+PERSONALIDADE+JURIDICA+EM+LICITACOES>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

PARANÁ. (...) 2. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - 2.1. DA NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA: "A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal..." (STJ - ROMS 16274/SP - 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 02.08.2004). 2.2. DOS PRESSUPOSTOS PARA A DESPERSONALIZAÇÃO: Restando demonstrado que a empresa encerrou suas atividades, não dando "baixa" na Junta Comercial por ser devedora do Fisco, e não pagando seu credor, e ainda não demonstrando possuir bens para fazer frente a seus compromissos, cabível a desconsideração de sua personalidade jurídica, com inclusão de seus sócios no pólo passivo da execução. RECURSO NÃO PROVIDO." (TAPR - AG 0275664-9 - (224781) - Londrina - 4ª C.Cív. - Rel. Juiz Valter Ressel - DJPR 10.12.2004).



PARANÁ. *Lei nº 15.608, de 16 de agosto de 2007*. Estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná. Paraná, 2007. Disponível em: <[http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao\\_ambiental/Legislacao\\_estadual/L\\_EIS/LEI\\_ESTADUAL\\_15608\\_2007.pdf](http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao_ambiental/Legislacao_estadual/L_EIS/LEI_ESTADUAL_15608_2007.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2011.

PEREIRA JUNIOR, Otavio Dias. A desconsideração da pessoa jurídica por ato administrativo nas licitações e o princípio da legalidade. *BuscaLegis UFSC*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/19674/19238>>. Acesso em: 09 set. 2010.

SOARES, Marcela Capachi Nogueira. Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das penalizações administrativas. *DireitoNet..* Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1237/Desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-das-penalizacoes-administrativas>>. Acesso em: 10 set. 2010.

SOUZA, Carlos Gustavo Lemos de. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Aplicada na Lei de Licitações. *BuscaLegis UFSC*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/19660/19224>>. Acesso em: 15 set. 2010.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Teoria e Legislação No Brasil. *Faculdade de Direito de Campos – FDC/RJ*. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Vanessa.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2010.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em: 19 set. 2010.

WATANABE, Ricardo. Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das licitações. *DireitoNet..* Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2746/Desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-das-licitacoes>>. Acesso em: 09 set. 2010.

WURMBAUER JUNIOR, Bruno. Desconsideração da pessoa jurídica à luz do novo código de processo civil. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XV, n. 342, p. 12-13, 15 abr. 2011.